



Kontratuen Inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoa
Órgano Administrativo
de Recursos Contractuales

DOCTRINA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI
LCSP
2018-2024



ÍNDICE

1. Requisitos del recurso.....	14
1.1. Legitimación activa.....	14
1.1.1. De asociaciones	14
1.1.2. De colegios profesionales.....	20
1.1.3. De sindicatos	21
1.1.4. De licitadores	34
1.1.5. De no licitadores	54
1.1.6. De quien no puede acceder a la licitación o a la ejecución	67
1.1.7. De los Comités de Empresa	69
1.1.8 De concejales	70
1.1.9 De las organizaciones empresariales	71
1.2. Plazo, forma y lugar de interposición.	71
1.2.1. Plazo de presentación del recurso.....	71
1.2.2. Lugar de presentación del recurso	97
1.2.3. Forma	99
1.3. Actos recurribles	102
1.3.1. No son actos recurribles	103
1.3.2. Son actos recurribles	116
1.4. Contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial	134
1.4.1. Contratos incluidos	134
1.4.2. Contratos no incluidos	137
1.5. Poderes adjudicadores sujetos a la competencia del OARC/KEAO	141
1.5.1. Junta de Concertación de Zorrotzaurre	141
1.5.2. BIZKAIKOA no está sujeta al OARC/KEAO	142
1.5.3. El Instituto Foral de Bienestar Social no está sujeto al OARC/KEAO.....	142
1.5.4 La Diputación Foral de Bizkaia no está sujeta al OARC / KEAO.....	143
1.6. Otras cuestiones procesales	144
1.6.1. Desistimiento de la solicitud de medidas provisionales de forma previa a la interposición del recurso especial.....	144
1.6.2. Tramitación del recurso conforme a su verdadera naturaleza.....	145
1.6.3. Incumplimiento de la obligación de no adoptar decisiones mientras el procedimiento esté suspendido con ocasión de un recurso especial	146
1.6.4. “Adhesión al recurso”.....	147
1.6.5. “Alegaciones complementarias” que tienen la naturaleza de un nuevo recurso.....	147
1.6.6 Acreditación de la representación.....	148
1.6.7. Sobre el acceso al expediente.....	150
1.6.8. Sobre la acumulación de recursos.....	158
1.6.9. Sobre la fase probatoria.....	160



1.6.10. Remisión del expediente a la Autoridad Vasca de la Competencia.....	161
1.6.11. Carga de la prueba	161
1.6.12. Suspensión del procedimiento por existir un recurso contencioso administrativo pendiente	162
1.6.13. El OARC / KEAO no está vinculado por la denominación que el poder adjudicador dé al acto o contrato.....	163
1.6.14. El “recurso indirecto”	164
1.6.15. Economía procesal	170
1.6.16. Contra la resolución del OARC / KEAO resolviendo un recurso especial no cabe recurso administrativo ni revisión de oficio	171
1.6.17. Especialidad procedimental de los contratos sujetos al Real Decreto Ley 36/2020 (“Next generation”)	172
1.6.18. Inobservancia del plazo de espera para la interposición del recurso	174
1.6.19. Litispendencia por simultanear el recurso especial y el contencioso – administrativo.....	175
1.6.20. Congruencia y posición del alegante, distinta de la del recurrente.....	176
1.6.21. La “cosa juzgada administrativa”	178
2. Principios de la contratación pública	179
2.1. Igualdad de trato	179
2.2. Publicidad y transparencia	184
2.3. Libertad de acceso	189
2.4. Libre competencia.....	190
2.6. Otros	191
2.6.1. Libertad de pactos	191
2.6.2. Proporcionalidad	192
2.6.3. Principios de buena fe y confianza legítima.....	193
3. Capacidad, solvencia y clasificación	195
3.1. Operadores económicos	195
3.1.1. Centros especiales de empleo.....	195
3.1.2. Unión Temporal de Empresas	208
3.2. Prohibiciones de contratar.....	210
3.2.1. Momento en el que debe concurrir la ausencia de prohibiciones de contratar	210
3.2.2. Prohibición de contratar por retirada indebida de la oferta	211
3.2.3. Prohibición de contratar por sentencia firme de prevaricación o fraude	212
3.2.4. Prohibición de contratar por proporcionar negligentemente información engañosa que influye en el procedimiento de adjudicación	214
3.2.5. Prohibición de contratar por no disponer de un plan de igualdad	217
3.2.6. Apreciación de las prohibiciones de contratar por el poder adjudicador según la jurisprudencia del TJUE.....	221
3.2.7. Medidas de autocorrección (“self cleaning”)	225
3.3. Clasificación	228
3.3.1. La clasificación como medio alternativo de acreditación de la solvencia.....	228



3.4. Solvencia.....	230
3.4.1. No discriminación.....	230
3.4.2. Titulaciones académicas.....	234
3.4.3. Trabajos similares.....	238
3.4.4. Documento europeo único de contratación (DEUC).....	243
3.4.5. Visita previa a las instalaciones.....	247
3.4.6. Exigencia de presentación de una maqueta a todos los licitadores.....	248
3.4.7. Proporcionalidad de los requisitos exigidos.....	248
3.4.8. Concepto de “destinatario” de los trabajos anteriores.....	259
3.4.9. No hay preferencia legal por algún medio de acreditación.....	260
3.4.10. Relevancia del momento del depósito de las cuentas anuales.....	261
3.4.11. No cabe acreditar la solvencia de un operador económico con servicios prestados por cuenta ajena.....	262
3.4.12. Solvencia de las empresas de nueva creación.....	262
3.4.13. Solvencia económica y financiera acreditada por medio alternativo al solicitado en los pliegos.....	264
3.4.14. Compromiso de adscripción de medios.....	267
3.4.15. Diferencia con las condiciones de ejecución.....	271
3.4.16. Integración de la solvencia.....	271
3.4.17. Seguro de responsabilidad civil.....	273
3.4.18. Cuestiones formales de los certificados acreditativos de servicios previos.....	274
3.4.19. Conflictos de intereses (Incluye incompatibilidad por participación en la preparación del contrato).....	275
3.4.20. Volumen anual de negocios para la acreditación de la solvencia económica.....	291
3.4.21. Solvencia y sucesión de empresa.....	295
3.6. Habilitación profesional.....	296
3.6.1. Momento en el que debe apreciarse su concurrencia.....	296
3.6.2. Diferencia con la solvencia.....	297
3.6.3. Habilitación y sucesión de empresa.....	298
3.6.4. Diferencia entre un requisito de habilitación y una prescripción técnica.....	300
3.7. Objeto social.....	301
3.8. Uniones temporales de empresarios.....	304
3.8.1. Objeto social de la UTE.....	304
3.8.2. Prohibición de contratar de un miembro de la UTE.....	305
4. Procedimiento de adjudicación.....	307
4.1. Tipos de procedimientos y formas de adjudicación.....	307
4.1.1. Concurso de proyectos.....	307
4.1.2. Acuerdo Marco.....	313
4.1.3. Procedimiento negociado.....	318
4.1.4. Diálogo competitivo.....	320
4.1.5. Contratación conjunta de proyecto y obra.....	323



4.2. Publicidad.....	328
4.2.1. Plan de contratación y anuncio previo	328
4.2.2 Contenido del anuncio	329
4.3. Mesa de Contratación	330
4.3.1. Requisitos de la válida constitución de la Mesa.....	330
4.3.2. La Mesa en los poderes adjudicadores que no son Administración Pública	333
4.3.3. Acto de la Mesa dictado con un presunto vicio de incompetencia y asumido por el órgano de contratación	333
4.3.4. Mesa de contratación de las entidades locales	334
4.3.5. Informes de valoración solicitados por la Mesa	339
4.3.6. Separación de funciones entre el órgano de contratación y la Mesa	343
4.3.7 Mesa incorrectamente constituida y sus efectos	345
4.4. Comité de expertos	347
4.4.1. Composición del Comité de expertos	347
4.4.2. Supuestos en los que debe intervenir.....	349
4.4.3. Organismo técnico especializado	350
4.4.4 Cualificación del Comité de expertos.....	352
4.5. Otros trámites del procedimiento	353
4.5.1. Elaboración del informe de valoración por un técnico municipal que no ha participado en la elaboración del PPT	353
4.5.2. Irregularidades no invalidantes	353
4.5.3. La caducidad no es aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato.....	356
4.5.4. La página web del poder adjudicador no cumple los requisitos exigidos al perfil ni está integrada en una plataforma de contratación	357
4.5.5. Diferencia entre procedimiento y expediente.....	359
5. Pliegos del contrato	361
5.1. Cuestiones generales.....	361
5.1.1. Correcta definición del objeto	361
5.1.2. División en lotes.....	372
5.1.3. Requisitos de las modificaciones previstas.....	378
5.1.4. Documentos incluidos en el concepto de “pliegos”	380
5.1.5. Vigencia y plazo de ejecución.....	385
5.1.6. Rectificaciones de los pliegos.....	386
5.1.7. Motivación de distintos aspectos del expediente.....	395
5.1.8. Régimen jurídico de los contratos mixtos	397
5.1.9. Cuestiones que deben figurar en cada pliego.....	399
5.1.10. La externalización de servicios y su justificación	402
5.1.11. La legislación vigente obliga al contratista por su propia fuerza vinculante.....	418
5.1.12. Publicación de los pliegos en las dos lenguas oficiales de la CAE.....	418
5.1.13. Respuestas a las consultas de los licitadores.....	420



5.1.14 Contrato de servicios y concesión de servicios	421
5.1.15 Descripción del objeto del contrato por el CPV.....	423
5.1.16 Contrato de servicios y contrato mixto de servicios y suministro (arrendamiento de bien mueble)	424
5.1.17 Limitaciones establecidas a las cláusulas de los pliegos por la legislación laboral o los convenios colectivos	426
5.2. Interpretación	426
5.2.1. Interpretación acorde a la literalidad.....	426
5.2.2. Discrepancia entre las dos versiones lingüísticas de los pliegos.....	427
5.2.3. Interpretación sistemática	429
5.2.4. Integración de las lagunas de los pliegos	430
5.2.5. Interpretación favorable en caso de discrepancia a la aplicación del pliego en el que debe figurar el contenido discutido (principio de especialidad).....	430
5.3. Precio, presupuesto y valor estimado	432
5.3.1. Precio del contrato y adecuación al mercado	432
5.3.2. Concepto y función del valor estimado	454
5.3.3. Coste de amortización establecido en el presupuesto.....	458
5.3.4. Cobertura presupuestaria del contrato	458
5.3.5. Contratos por precio unitario.....	461
5.3.6. Forma de determinación del precio	462
5.3.7. Costes desglosados, valor estimado y derechos salariales.....	465
5.3.8. Inadecuación entre la prestación y su financiación.....	466
5.3.9 Revisión de precios.....	466
5.3.10 Costes de desvinculación del personal.....	467
5.3.11 Valor estimado del contrato de concesión	468
5.3.12 Imprecisiones en la descripción del Presupuesto Base de Licitación	469
5.4. Criterios de adjudicación	470
5.4.1. Vinculación al objeto.....	470
5.4.2. Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria.....	480
5.4.3. Criterios sujetos a fórmulas	482
5.4.4. El precio como criterio de adjudicación	488
5.4.5. Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva.....	493
5.4.6. Criterios de adjudicación en los servicios del Anexo IV y prestaciones de carácter intelectual...	495
5.4.7. No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración.....	500
5.4.8. Su función es comparar entre ofertas.....	501
5.4.9. Criterios de adjudicación restrictivos de la competencia	502
5.4.10. Criterios de adjudicación con umbrales eliminatorios	509
5.4.11. Valoración de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato	511
5.4.12. Criterios de adjudicación en contratos intensivos en mano de obra	513
5.4.13. No cabe la valoración de la solvencia del licitador como criterio de adjudicación	514



5.4.14. Acreditación del criterio de adjudicación.....	518
5.4.15. Subcriterios.....	521
5.4.16. Comparación efectiva.....	522
5.4.17. Criterio de adjudicación no discriminatorio aunque favorezca a unos licitadores frente a otros	525
5.4.18. La responsabilidad social del licitador como criterio de adjudicación.....	528
5.4.19. Participación de determinadas entidades en la evaluación de ciertos criterios de adjudicación	529
5.4.20. Criterios de adjudicación de desempate.....	529
5.4.21. La valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor no tiene que ser necesariamente proporcional.....	531
5.4.22. Umbral de saciedad en criterios distintos del precio.....	532
5.4.23 Justificación de los criterios de adjudicación.....	533
5.5. Prescripciones técnicas.....	535
5.5.1. Barreras de entrada a la competencia.....	536
5.5.2. Función de las prescripciones técnicas.....	546
5.5.3. Facultad de decidir arbitrariamente sobre la equivalencia de las ofertas a los requerimientos técnicos mínimos.....	548
5.5.4. Uso de términos no técnicos para describir las prescripciones.....	549
5.5.5. Diferencia con los criterios de adjudicación.....	550
5.5.6. Profesiones tituladas (ingeniería y arquitectura).....	550
5.5.7. Discrecionalidad para la fijación de las prescripciones técnicas y mención “o equivalente”.....	553
5.5.8. Arraigo territorial.....	558
5.5.9. Prescripciones técnicas más exigentes que los requisitos mínimos legales.....	562
5.5.10. Diferencia con los requisitos legales aplicables a la actividad contratada.....	563
5.5.11. No hay un plazo o momento preclusivo para apreciar su incumplimiento.....	563
5.5.12. Cláusula que no puede considerarse una prescripción técnica por su carácter genérico.....	564
5.5.13. Prescripciones técnicas “aproximadas”.....	564
5.5.14. Prescripción descrita en términos de rendimientos funcionales.....	565
5.5.15 Prescripciones técnicas en el ámbito sanitario.....	566
5.5.16 Prescripciones técnicas muy detalladas pero suficientemente justificadas.....	567
5.5.17 Relación de las prescripciones técnicas con el objeto del contrato.....	568
5.5.18 Clausulas lingüísticas.....	571
5.6. Variantes y mejoras.....	575
5.6.1. Mejoras: concepto.....	575
5.6.2. No es necesario atender al valor económico de las mejoras.....	579
5.6.3. Diferencia entre las variantes y la versatilidad de la oferta.....	580
5.6.4 Mejoras expresadas en importes monetarios con destino específico.....	580
5.7. Obligación de subrogación de trabajadores.....	581
5.7.1. Obligación legal.....	581
5.7.2. Contenido mínimo de la información que debe facilitarse.....	585



5.7.3. No hay obligación de que el nuevo contrato permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda mantener en él las mismas condiciones.	589
5.7.4. Errores en la información sobre subrogación	589
5.7.5. No cabe la subrogación con base en un convenio colectivo no vigente	590
5.7.6. Alcance de las obligaciones del poder adjudicador y del contratista saliente	590
5.7.7. Diferencia entre el coste del personal subrogado y el coste del personal calculado en el Presupuesto Base de Licitación.....	595
5.7.8. No cabe la imposición de obligación de subrogación por un pacto que solo afecta a la empresa saliente	596
5.8. Condiciones especiales de ejecución	596
5.8.1. Condición de ejecución medioambiental	596
5.8.2. Condición de ejecución social.....	597
5.8.3. Obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales del Convenio Colectivo sectorial y aplicación de la Ley 3/2016 del Parlamento Vasco.....	598
6. Cuestiones relativas a las proposiciones	600
6.1. Documentación técnica y económica	600
6.1.1. Libertad de configuración de la oferta.....	600
6.1.2. Ofertas sospechosas de colusión	600
6.1.3. Requisitos de extensión y forma de la oferta	606
6.1.4. No es necesario que la oferta acate expresamente todos los apartados de los pliegos	611
6.1.5. No es parte de la oferta la información contenida en otras fuentes	611
6.1.6. Ofertas a importe “0”	612
6.1.7. Oferta económica que infringiría el convenio colectivo aplicable.....	614
6.1.8. Duplicidad de proposiciones	615
6.1.9. No hay un trámite de “ratificación de la oferta”	616
6.1.10. Penalización de una oferta por la lengua oficial en la que está escrita	617
6.1.11. Momento para apreciar la incompatibilidad de la oferta con las reglas de participación en el procedimiento de adjudicación	617
6.2. Plazo de presentación	618
6.2.1. Inferior al establecido en la norma	618
6.2.2. Proposición presentada fuera de plazo por supuesto mal funcionamiento de la Plataforma.....	619
6.2.3. Oferta presentada fuera de plazo por huelga	621
6.2.4. Cómputo completo del último día del plazo	621
6.2.5. Suspensión del plazo de presentación de proposiciones	623
6.2.6. Ampliación del plazo para completar el contenido de las proposiciones	624
6.2.7. Ampliación del plazo de presentación de ofertas.....	625
6.3. Secreto de la oferta y valoración separada	626
6.3.1. Doctrina general	626
6.3.2. Vulneración material del secreto.....	628
6.3.3. Relevancia procedimental de la calificación del criterio de adjudicación como automático.....	630
6.3.4. Rectificación de la evaluación de un criterio de adjudicación sujeto a fórmula.....	631



6.3.5 Infracción de la valoración separada inducida por la configuración de los criterios de adjudicación establecida en los pliegos.....	632
6.4. Ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas.....	632
6.4.1. Doctrina general	632
6.4.2. Apreciación de anormalidad basada en un error de hecho	635
6.4.3. Requerimiento al licitador sospechoso de anormalidad.....	635
6.4.4. No cabe defender la viabilidad de la oferta sospechosa con base en supuestos diferentes de los de dicha oferta	636
6.4.5. La anormalidad debe apreciarse en relación a la globalidad de la oferta	637
6.4.6. Justificación incompleta de la anormalidad de la oferta.....	638
6.4.7. Justificación de la anormalidad basada en una actuación propia ilícita que beneficia al licitador sospechoso y perjudica a los demás	640
6.4.8 Momento para apreciar la anormalidad	642
6.4.9. No cabe apreciar la anormalidad de la oferta si los pliegos no establecen un parámetro para considerarla sospechosa	643
6.4.10. Parámetro de anormalidad referido “a la oferta considerada en su conjunto”	645
6.4.11. Parámetro de anormalidad indeterminado.....	646
6.4.12. Justificación de la anormalidad de la oferta con base en el ahorro en costes sociales por la contratación de personas con discapacidad.....	647
6.4.13. Relevancia de que los costes de la oferta sospechosa de anormalidad no se ajusten al desglose del Presupuesto Base de Licitación.....	648
6.4.14. Motivación reforzada de la exclusión de la oferta anormal	648
6.4.15. Beneficio “reputacional”	649
6.4.16. Justificación de la baja con base en la solvencia del licitador	650
6.4.17. No cabe considerar anormal una oferta no incurso en sospecha según el parámetro fijado en los pliegos	652
6.4.18. Reconsideración de los resultados del parámetro de anormalidad	653
6.4.19 Justificación del precio ofertado con base en que es el ofrecido a otros compradores	654
6.4.20 El umbral de anormalidad no es facultativo para el poder adjudicador.....	654
6.4.21 No hay obligación de repercutir los costes en cada precio parcial	655
6.4.22 Justificación del licitador de que su precio es “de mercado”	656
6.4.23 Justificación del coste de actividades subcontratadas.....	657
6.4.24 Baja anormal en prestaciones intelectuales.....	657
6.4.25 Motivación de la aceptación de la viabilidad de la oferta	658
6.4.26 Plazo para presentar la justificación de la baja anormal	659
6.4.27 Medidas especiales en la ejecución del contrato para la empresa que fue sospechosa de anormalidad.....	660
6.4.28 No cabe aceptar la baja anormal sin la debida motivación.....	660
6.5. Subsanación y aclaraciones.....	661
6.5.1. Aclaración de las ofertas.....	661
6.5.2. No cabe subsanar las carencias probatorias de los documentos.....	665
6.5.3. Plazo adicional para aportar un documento	666



6.5.4. Reelaboración de la oferta.....	668
6.5.5. Subsanación y aclaraciones fuera del procedimiento.....	670
6.5.6. Omisión en la oferta de los precios unitarios	671
6.5.7. Alteración sustancial del modelo de oferta	673
6.5.8. Subsanación de la documentación presentada por el licitador que ha presentado la oferta mejor valorada	674
6.5.9. Copias simples	680
6.5.10. Declaraciones responsables.....	680
6.5.11. No cabe una segunda oportunidad de subsanación.....	681
6.5.12 Requerimiento de subsanación erróneo	682
6.5.13. Solicitud de representación gráfica de lo ya propuesto en la oferta	682
6.5.14. Subsanación de la oferta en el procedimiento de recurso especial	683
6.5.15. La aclaración no puede paliar la falta de un documento o información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación.....	683
6.5.16 No es aceptable defender la subsanación de la oferta con base en que no tiene sentido que nadie presente una proposición destinada a ser rechazada.....	684
6.5.17 Diferencia entre la subsanación y la concesión de un nuevo plazo para presentar documentación	684
6.5.18 Subsanación de las muestras de los productos ofertados.....	685
6.5.19 Error en suma de la base imponible y la cuota del IVA	686
7. Exclusión del procedimiento.....	688
7.1. Exclusión del procedimiento.....	688
7.1.1. No es preciso aportar una justificación expresa del cumplimiento de todas las prescripciones de los pliegos.....	688
7.1.2. Claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión	689
7.1.3. Exclusión de una oferta incompleta que impide la valoración de las ofertas en pie de igualdad.....	695
7.1.4. Exclusión del licitador que ha presentado la mejor oferta en el trámite del artículo 150.2 LCSP	696
7.1.5. Motivación insuficiente de la exclusión	697
7.1.6. Exclusión basada en una redacción de los pliegos intencionadamente imprecisa.....	698
7.1.7 Supuestos en los que cabe la exclusión de una oferta por oposición al pliego de prescripciones técnicas.....	699
7.1.8 No cabe la exclusión de un licitador por no cumplir o acreditar un criterio de adjudicación	699
7.1.9 No cabe justificar la exclusión de la oferta con motivos novedosos aportados con el informe de respuesta al recurso	700
8. Adjudicación y otras formas de finalización del procedimiento de contratación.....	701
8.1. Motivación y discrecionalidad técnica	701
8.1.1. Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica.	702
8.1.2. Libertad formal de la motivación	709
8.1.3. Motivación de la aplicación de los criterios con umbrales eliminatorios.	710
8.1.4. Motivación “in aliunde”	710
8.1.5. Motivación de la aplicación de los criterios sujetos a apreciación mediante fórmula.....	711



8.1.6. Valoración sobre base fáctica errónea	712
8.1.7. Motivación posterior.....	713
8.1.8. Fondo reglado de un criterio de adjudicación	713
8.1.9. Diferencia entre la aplicación de subcriterios no previstos y la exposición del método de valoración de los criterios de adjudicación	714
8.1.10. La obtención de la mejor puntuación es un indicio de que no se ha pretendido perjudicar a la recurrente	715
8.1.11 Aplicación del criterio de adjudicación introduciendo valoraciones que no se deducen de su contenido	715
8.1.12 No cabe que una oferta que aporta una ventaja sobre otra tenga menor puntuación que esta última	715
8.1.13 La falta de motivación es, en principio, una irregularidad formal, salvo que conlleve indefensión o impida al acto alcanzar su finalidad	716
8.1.14 Motivación de la aplicación de los subcriterios	717
8.2. Otras formas de finalización del procedimiento.....	718
8.2.1. Desistimiento: razones de legalidad.	718
8.2.2. Desistimiento antijurídico	720
8.2.3. Decisión de no adjudicar o no celebrar el contrato por razones de interés público	721
9. La resolución del recurso	739
9.1. Cumplimiento y efectos	739
9.1.1. Incidente de ejecución respecto de una resolución del OARC/KEAO incumplida.	739
9.1.2. El OARC/KEAO no puede establecer “a priori” un contenido determinado de los pliegos	740
9.1.3. Efectos de la anulación de los pliegos por no justificar la división en lotes	740
9.1.4. Cancelación de la licitación pero no de los pliegos.....	741
9.1.5. Efectos de la resolución limitados por el principio de congruencia	742
9.1.6. Retroacción posible por afectar a criterios automáticos	743
9.1.7. Retroacción de actuaciones para emitir una motivación adecuada.....	743
9.1.8. Efecto de la resolución: se obtiene la declaración de desierto, que mejora la posición del recurrente excluido	746
9.1.9. Aplicación moderada de la nulidad	746
9.1.10. Cancelación de la licitación porque no cabe la valoración separada.....	747
9.1.11. La anulación de un criterio de adjudicación o de solvencia implica la cancelación de la licitación.	749
9.1.12. Discrecionalidad técnica para configurar los pliegos siempre que se cumpla la Resolución del OARC / KEAO	750
9.1.13 Posibilidad de que el OARC / KEAO determine la puntuación que corresponde a un licitador por quedar reducida la discrecionalidad técnica	750
9.1.14 Anulación de una cláusula porque su aplicación depende de otra cláusula ya anulada	751
9.1.15 Posibilidad de que el OARC / KEAO obligue al poder adjudicador a dictar una resolución de prórroga de la vigencia del contrato con ciertas condiciones de ejecución de la prestación	752
9.1.16 Indemnización de daños y perjuicios	752
9.1.17 Conservación de actuaciones	756



9.1.18 Retroacción para que se tramite el procedimiento de verificación de la baja sospechosa de anormalidad	758
9.1.19 Imposibilidad de la retroacción para una nueva aplicación de los criterios de adjudicación porque ya no cabe la valoración separada de los criterios discrecionales y automáticos.	758
9.2. Otras formas de finalización del procedimiento de recurso	759
9.2.1. Allanamiento y efectos del informe del poder adjudicador que admite la viabilidad de la pretensión	759
9.2.2. Desistimiento del recurrente	761
9.3. Temeridad o mala fe en la interposición del recurso	764
9.3.1. No procede	764
9.3.2. Procede	767
9.4. Pérdida del objeto del recurso	774
9.4.1. Satisfacción extraprocesal de la pretensión	774
9.4.2. Desistimiento del procedimiento de adjudicación	775
9.4.3. Declaración de desierto del procedimiento de adjudicación	776
9.4.4. Renuncia del poder adjudicador a la celebración del contrato	776
9.4.5. Procedimiento de adjudicación cancelado por una Resolución del OARC / KEAO	777
9.4.6 Revocación del acto impugnado	777
10. Notificación de los actos recurribles	779
10.1. Notificación de los actos recurribles	779
10.1.1. Debe practicarse conforme a la DA 15ª de la LCSP	779
10.1.2. La publicación del informe de valoración no equivale a su notificación	780
10.1.3. Práctica de la notificación en sede electrónica	781
10.1.4 Dirección electrónica habilitada	782
11. Otras cuestiones	785
11.1. Otras cuestiones	785
11.1.1. Transitoriedad entre el TRLCSP y la LCSP	785
11.1.2. Inaplicación a una Junta de Concertación de la Ley de Sociedades de Capital	786
11.1.3. El pago de los servicios efectivamente prestados no supone subsanar los vicios de legalidad de la relación jurídica con el proveedor	786
11.1.4. Concepto de “Programas de empleo protegido”	787
11.1.5. Modificaciones previstas	788
11.1.6. Pago de una tasa como requisito de admisión de la oferta	790
11.1.7. No se puede discutir en vía de recurso especial la validez de una autorización administrativa concedida por órgano competente	791
11.1.8. Plazo de garantía	792
11.1.9. Contratación centralizada	793
11.1.10. Subcontratación	793
11.1.11. Prolongación de los efectos de un contrato anulado por sentencia firme	797
11.1.12. Corrección de error material o de hecho	798
11.1.13 Penalidades	799



11.1.14 Colaboración con la Autoridad Vasca de la Competencia	803
11.1.15 Prórroga excepcional (artículo 29.4 LCSP).....	803
11.1.16 La garantía definitiva.....	806



1. Requisitos del recurso

1.1. Legitimación activa

1.1.1. De asociaciones

[Resolución 111/2018](#)

Consta en el expediente la representación de D. O.H.G., que actúa en su nombre. Por lo que se refiere a la legitimación activa, el artículo 48 de la LCSP establece que podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Con base en la redacción del artículo 42 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP), muy similar a la de este precepto, este OARC / KEAO ha admitido la legitimación activa de asociaciones sin intención de obtener la adjudicación del contrato, siempre y cuando el recurso buscara la satisfacción de un interés legítimo cuya defensa formara parte de las finalidades de la entidad, tal y como se describen en los correspondientes estatutos (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2014). Analizados los Estatutos de GUREAK, se observa que su artículo 2 le permite, para el cumplimiento de sus fines, “ejercitar toda clase de acciones conforme a las Leyes o a sus Estatutos”. Entre dichos fines figura el de la defensa de los derechos de los animales, luchando contra su sacrificio, abandono y maltrato, objetivo coincidente con las pretensiones del recurso. Sin embargo, los Estatutos especifican que los animales cuyos derechos se defienden son los de “la Zona Minera – Meatzaldea”. Esta denominación no se corresponde con una identidad legalmente diferenciada o delimitada (por ejemplo, como entidad local con personalidad jurídica propia o como circunscripción electoral en las elecciones a Juntas Generales). Como unidad histórica, geográfica, sociológica o cultural se considera compuesta por los municipios de Valle de Trápaga – Trapagaran, Ortuella, Abanto Zierbena, Zierbena y Muskiz, a los que a veces se añaden total o parcialmente otros, como Sopuerta, Galdames o Güeñes. Sin embargo, es pacífica su distinción de los municipios ribereños de la ría del Nervión o Ibaizabal integrados en la Margen Izquierda, es decir, Barakaldo, Santurtzi, Sestao y, lo que es relevante para el caso,



Portugalete.¹ Consecuentemente, la impugnación de un contrato cuyo ámbito incluye animales del municipio de Portugalete (cláusulas 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y 1 del Pliego de Condiciones Técnicas) es ajena a las finalidades estatutarias de GUREAK, por lo que debe concluirse su falta de legitimación activa para la interposición del recurso, lo que conlleva su inadmisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

[Resolución 36/2019](#)

En el caso de las Asociaciones representativas de intereses colectivos que no han tomado parte en el procedimiento de adjudicación, la existencia de los derechos o intereses legítimos que constituyen la base de la legitimación activa debe verificarse mediante el contraste de los fines de la Entidad contenidos en sus Estatutos con la pretensión ejercida para determinar si el éxito de esta última supondría la satisfacción de dichos fines. La recurrente solicita la anulación del acto impugnado y que se ordene la retroacción de de las actuaciones para que se acuerde la exclusión de INTEGRA y para que se requiera a GUREAK la documentación necesaria para proceder a la adjudicación del contrato en su favor. En síntesis, el argumento que fundamenta la petición es el incumplimiento por INTEGRA del requisito de ser un Centro Especial de Empleo (en adelante, CEE) de iniciativa social, dado que se niega que se satisfaga este último inciso. Por otro lado, el artículo 2 de los Estatutos de EHLABE establece que el fin primordial de esta Asociación es conseguir la plena integración laboral y social de las personas con discapacidad; además, es relevante señalar que el artículo 27 indica que Pueden ser miembros de la Asociación aquéllas entidades públicas o privadas que, con una clara vocación social, promuevan alternativas de empleo remunerado para personas con discapacidad (...). De todo ello se deduce que la

¹ Ver, por ejemplo, los siguientes enlaces:

[https://es.wikipedia.org/wiki/Zona_Minera_\(Vizcaya\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Zona_Minera_(Vizcaya))

http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/perfiles_salud/es_def/adjuntos/bizkaia/ ZONA%20MINERA%20%20Perfiles%20de%20salud.pdf

así como el artículo “Margen izquierda y zona minera (Bizkaia): un territorio metropolitano como escenario del cambio social”, de José Ignacio Homobono, disponible en el siguiente enlace:

[http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_10_Antropologia_cultural_MARGE_N%20IZQUIERDA%20Y%20ZONA%20MINERA%20\(BIZKAIA\)_%20UN%20TERRI.pdf?hash=1f3e2fc bfe7bcc9434b5263a5ad44e26](http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_10_Antropologia_cultural_MARGE_N%20IZQUIERDA%20Y%20ZONA%20MINERA%20(BIZKAIA)_%20UN%20TERRI.pdf?hash=1f3e2fc bfe7bcc9434b5263a5ad44e26)



estimación del recurso no satisfaría los fines sociales de la recurrente o, dicho de otro modo, que el acto impugnado no perjudica dichos intereses. Debe tenerse en cuenta que INTEGRA, con independencia de que cumpla o no el inciso mencionado, es un CEE (condición que además el recurso no le niega), así que no cabe dudar de que su objeto social es coincidente con el fin primordial de EHLABE delimitado en los Estatutos, por lo que la adjudicación a INTEGRA no puede considerarse como contraria a él. En este sentido, la 3/ 4 impugnación del acto con base en que INTEGRA no es, además de un CEE, categoría que necesariamente conlleva la vocación social y la promoción del trabajo de las personas discapacitadas, de iniciativa social, no tiene otro interés que el de la restauración de la mera legalidad presuntamente infringida, título insuficiente para fundar la legitimación activa (ver, por ejemplo, las sentencias 60/1982 y 257/1988 del Tribunal Constitucional).

[Resolución 24/2021](#)

Consta en el expediente la representación de A.C.L., que actúa en nombre de la recurrente.

Respecto de la legitimación, el poder adjudicador considera que la recurrente carece de la misma al no verse sus intereses perjudicados. Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En el caso de las Asociaciones representativas de intereses colectivos que no han tomado parte en el procedimiento de adjudicación, la existencia de los derechos o intereses legítimos que constituyen la base de la legitimación activa debe verificarse mediante el contraste de los fines de la Entidad contenidos en sus Estatutos con la pretensión ejercida para determinar si el éxito de esta última supondría la satisfacción de dichos fines. En el presente caso, queda claro que los fines de la asociación se corresponden con la pretensión, pues la estimación del recurso interpuesto supondría un beneficio para los miembros de la asociación, en tanto que les permitiría la posibilidad de presentar oferta.



Por tanto, la recurrente estaría legitimada para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación.

[Resolución 186/2021](#)

Igualmente, este Órgano estima que la ASOCIACION DE INTERVENCION SOCIOEDUCATIVA KALEXKA tiene legitimación activa para la interposición del recurso por las siguientes razones:

- 1) La legitimación activa requiere que de la estimación de la impugnación el recurrente obtenga la satisfacción de un interés tangible distinto de la satisfacción moral o del mero cumplimiento de la legalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).
- 2) En este caso, la pretensión consiste en incluir en el listado de personal subrogable del contrato (artículo 130 de la LCSP) a los trabajadores de la entidad recurrente, que ejecutan la prestación actualmente y tendrían derecho a la citada subrogación de acuerdo con el convenio colectivo correspondiente.
- 3) El éxito de la pretensión significaría que, en el caso de que el contrato se adjudicara a otro licitador, la recurrente podría liberarse de la responsabilidad empresarial sobre una parte de su plantilla que ya no tendría funciones asignadas sin que ello le sea económicamente gravoso y sin tener que reorganizar sus recursos humanos, lo que sin duda es un interés tangible real que cualifica su legitimación activa para interponer el presente recurso especial.
- 4) La ASOCIACION DE INTERVENCION SOCIOEDUCATIVA KALEXKA alega que “está legitimada para la interposición del recurso porque sus derechos o intereses legítimos se pueden ver afectados al no incluirse a su personal adscrito al servicio como parte del personal a subrogar en la nueva licitación”.

A la vista de lo anterior, debe señalarse que la legitimación no radica en este caso en el interés propio de un operador económico interesado en la adjudicación del contrato. Dicho operador requeriría que consten en los pliegos la obligación de subrogación y



su alcance, tal y como establece el artículo 130 de la LCSP, para que todos los licitadores elaboren y presenten sus proposiciones con conocimiento de los posibles costes laborales (ver, por ejemplo, la Resoluciones 130/2019 y 76/2021 del OARC / KEAO).

[Resolución 110/2022](#)

La impugnación no puede ser admitida a trámite por carecer la ASOCIACIÓN - PLATAFORMA DE DEFENSA MEDIOAMBIENTAL MUTRIKU NATUR TALDEA de legitimación activa para interponerla. Debe tenerse en cuenta que la recurrente impugna la adjudicación de una licitación en la que no ha presentado oferta y de la que no pretende la obtención del contrato; aunque la recurrente alega diversas infracciones de la legalidad urbanística y medioambiental, tales infracciones no son imputables al acto ahora recurrido o al procedimiento de adjudicación, sino a los pliegos y otros documentos preparatorios del expediente. En este sentido, debe recordarse que la Asociación interpuso recurso contra los citados pliegos, el cual fue inadmitido mediante la Resolución 054/2022 por ser extemporánea.

En consecuencia, este OARC / KEAO entiende que no consta el beneficio tangible que se derivaría de la estimación de la pretensión, el cual caracteriza la legitimación para interponer el recurso especial (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2021 del OARC / KEAO y el artículo 48 de la LCSP), pues la invalidez de la adjudicación, que es la solicitud que se formula, no alteraría el contenido de los pliegos. A la vista de lo señalado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.

[Resolución 176/2022](#)

La recurrente impugna el Convenio entre la Administración General de la CAPV y Google Cloud Emea Limited para la utilización de los Servicios Google Workspace for Education en los Centros Docentes del Departamento de Educación, alegando que está legitimada debido a que entre sus fines estatutarios constan: i) la orientación y ayuda a las asociaciones de padres y madres; ii) canalizar las demandas de las “*eskola txikiak*”; iii) impulsar la formación. Según la recurrente, su objeto social esta



ligado con orientar sobre los efectos nocivos de google y ayudar a evitarlos, y realizar una formación basada en la personalidad y cultura del pueblo frente a lo que GETGEK denomina *“la homogeneización de google”*.

Por su parte, el poder adjudicador indica que el recurrente carece de legitimación para la interposición del recurso alegando que, de acuerdo con sus Estatutos, puede orientar, animar y ayudar a sus asociados y que en ningún caso se ha impedido el ejercicio de ese derecho. Asimismo, mantiene que serán sus asociados los que tengan que manifestar sus dudas en los centros educativos, ya que GETGEK no es un Órgano con decisión.

A juicio de este OARC/KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite por carecer la recurrente de legitimación activa para interponerlo. De conformidad con el artículo 48 de la LCSP, este Órgano ha admitido la legitimación activa de asociaciones sin intención de obtener la adjudicación del contrato, siempre y cuando el recurso busque la satisfacción de un interés legítimo cuya defensa formara parte de las finalidades de la entidad, tal y como se describen en los correspondientes estatutos (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2014), esto es, cuando exista un interés, directo o indirecto, o un beneficio tangible derivado de la estimación del recurso, lo cual caracteriza la legitimación (ver, por ejemplo, la Resolución 113/2020 del OARC / KEAO).

Analizado el artículo 2 de los Estatutos de GETGEK en relación con la legitimación alegada, se observa que entre los fines de la recurrente constan (i) Orientar, estimular y apoyar a las Asociaciones de Madres y Padres en temas relacionados con la educación de sus hijos o tutelados (ii) explicar las necesidades y orientar los requerimientos de las escuelas de los pueblos pequeños e (iii) impulsar una educación basada en la identidad y la cultura del pueblo. Esto es, GETGEK liga su legitimación bien a objetivos de la asociación dirigidos a la orientación, información, formación y asesoramiento a los padres y madres, bien actividades de información sobre las escuelas de los pueblos pequeños o la cultura de éstos. Este OARC / KEAO entiende que la recurrente carece de legitimación activa para la interposición del recurso, pues no consta en qué satisfaría los intereses que GETGEK defiende una hipotética estimación de la impugnación. Es decir, los fines y la actividad alegados como sustento de su legitimación por GETGEK carecen de conexión con el el objeto del



recurso, centrado en la hipotética sustracción de un contrato público de la debida publicidad y concurrencia. En el mejor de los casos la conexión con los intereses que alega el recurso sería genérica, remota y meramente especulativa.

En consecuencia, habida cuenta que el objeto del recurso es ajeno a las finalidades estatutarias de GETGEK, este OARC / KEAO entiende que no consta el beneficio tangible que se derivaría de la estimación de la pretensión, y, en consecuencia, la legitimación para interponer el recurso especial (ver, por ejemplo, la Resoluciones 113/2020 y 138/2022 del OARC / KEAO y el artículo 48 de la LCSP). A la vista de lo señalado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.

[Resolución 40/2022](#)

(...) La citada legitimación se deduce de la amplia literalidad del primer inciso del artículo 48 de la LCSP, que establece que podrá interponer el recurso especial cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones impugnadas. A juicio de este Órgano, la mención, en el segundo inciso del citado precepto, de que “En todo caso” estará legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados no es sino una especificación de la regla general amplia de legitimación, sin que pueda entenderse que la LCSP se remite al Estatuto de los Trabajadores ni que dicha legitimación se concede tan solo a las organizaciones “más representativas” descritas en la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores de esta norma, como alega el informe del poder adjudicador.

1.1.2. De colegios profesionales

[Resolución 23/2021](#)

En lo que se refiere a la legitimación activa, el poder adjudicador mantiene que la recurrente carecería de ella en tanto que los pliegos impugnados permiten concurrir a la licitación a los educadores sociales, además de a otros profesionales habilitados



para la prestación del servicio, por lo que el Colegio de Educadoras y Educadores Sociales carecería de interés legítimo para recurrir una decisión que no perjudica a sus asociados, sino que es respetuoso con sus intereses.

A juicio de este Órgano no puede ser admitida la alegación formulada por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, ya que, de estimarse el recurso interpuesto y la consecuente limitación en la titulación exigida para poder licitar, supondría un beneficio para los miembros del colegio recurrente en tanto que restringiría la posibilidad de presentar oferta a otros competidores que careciesen de dicha titulación (Ver, por ejemplo, La Resolución 159/2020 del OARC/KEAO). Por tanto, la recurrente estaría legitimada para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación.

1.1.3. De sindicatos

[Resolución 128/2018](#)

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de D.I.S.A., que actúa en nombre del recurrente. Por lo que a la legitimación se refiere, debe recordarse el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 448/2015, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO. En él se establece 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.

En el caso analizado, el recurrente pretende, en síntesis, que se revoque el pliego impugnado, ordenando la publicación de un nuevo pliego que incluya correctamente



los extremos señalados en el recurso, fijando también las cantidades presupuestadas de modo que se garantice la ejecución del servicio sin que ello suponga un menoscabo en las condiciones laborales de los trabajadores. En el escrito de recurso se alegan dos motivos para fundar la pretensión:

- a) la nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación por haberse omitido la preceptiva publicidad de la convocatoria de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y,
- b) la omisión en los cálculos de los costes directos del contrato de los correspondientes a un trabajador con derecho a la subrogación, lo que implicaría falta de medios para la correcta ejecución de la prestación y la nulidad de pleno derecho de los pliegos en virtud del artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (actos de contenido imposible).

A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que el motivo resumido en la letra b) anterior es una materia vinculada con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados o representados. Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación del sindicato ELA para la interposición del recurso. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el motivo de la letra a) anterior; como el propio recurso indica, la falta de un anuncio preceptivo de la licitación es, sobre todo, una infracción de los principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y libre acceso (artículo 1 de la LCSP), pues impide que todos los operadores económicos potencialmente interesados en obtener la adjudicación del contrato puedan conocer la licitación y sus condiciones para presentar una oferta adecuadamente elaborada. Dado que el recurrente no es, a estos efectos, un operador económico y no está interesado en que se le adjudique el contrato, no consta ni se acredita qué aportaría a la satisfacción de los intereses cuya defensa ELA tiene atribuidos la estimación de este motivo de recurso, más allá del mero interés en el cumplimiento de la legalidad, insuficiente, como ya se ha señalado, para basar la legitimación activa que exige el artículo 48 de la LCSP para la interposición del recurso especial.



Resolución 5/2019

(...) los criterios empleados por el poder adjudicador para configurar los lotes del contrato pueden afectar a los operadores económicos interesados en la licitación, que verían restringido su acceso al procedimiento o disminuidas sus posibilidades de resultar adjudicatarios según se haya optado por una u otra forma de división, pero no se alcanza a ver qué relación tienen con los intereses que el recurrente defiende. De hecho, los argumentos utilizados en el recurso se refieren a aspectos como la contradicción con contratos anteriores para el mismo servicio o el perjuicio que supone para las empresas y para la gestión eficiente del servicio la falta de rentabilidad de las adjudicaciones separadas, cuestiones ajenas a los intereses de ESK. El único engarce de esta impugnación con los intereses de los trabajadores que se alega es la manifestación de que el diseño de la prestación “no sólo tiene impacto en la cuenta final de las empresas, sino que directamente afecta a las condiciones de la plantilla”, pues “si una empresa no obtiene resultados económicos positivos, la plantilla se va a ver afectada”. En este sentido, el artículo 48 de la LCSP otorga legitimación a las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse que implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación; dicha legitimación depende de que la relación ente el acto impugnado y el incumplimiento sea deducible “fundadamente”. Sin embargo, la conexión en la que se basa el recurso es genérica, remota y meramente hipotética, y darla por buena sería tanto como entender que el artículo 48 de la LCSP habilita a los sindicatos para recurrir cualquier cláusula contractual que, a su juicio, limite la rentabilidad de los contratos, lo que es manifiestamente absurdo. Téngase en cuenta que el resultado económico final de un contrato está sujeto a múltiples vicisitudes, muchas de las cuales ni siquiera dependen de su clausulado o configuración (la eficiencia de la estructura de la empresa, la evolución de los precios cobrados por los proveedores, etc.) y que, en todo caso, el contratista debe asumirlo en virtud del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), sin que sea misión de la Administración garantizarle un beneficio mínimo o la inexistencia de pérdidas (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2015 del OARC / KEAO).



[Resolución 87/2019](#)

(...) En el supuesto ahora analizado, LAB pretende, en resumen y sin perjuicio del detalle que luego se expondrá, que se anulen los pliegos por no respetar los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan o impiden el recurso a la externalización de servicios; no cabe duda de que asegurar el carácter vinculante de la negociación colectiva es un interés legítimo conectado claramente con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados.

[Resolución 173/2019](#)

(...) la conexión con los intereses sindicales que alega el recurso es, en el mejor de los casos, genérica, remota y meramente especulativa, y darla por buena para fundar la legitimación activa de CC.OO. sería tanto como entender que el citado precepto habilita a los sindicatos para recurrir cualquier cláusula contractual que, a su juicio, impida asegurar un cierto nivel de calidad, el cual se garantizaría en este caso mediante una ponderación distinta del criterio recurrido, lo que es claramente una extensión indebida de la legitimación que la LCSP les reconoce para la interposición del recurso especial. Téngase en cuenta además que tampoco se justifica qué relación “fundada” hay entre dicha ponderación distinta y el número de trabajadores que ejecutan la prestación, su jornada o sus condiciones de trabajo, ni se cita ninguna norma o convenio colectivo infringido o que pudiera infringirse. Por todo ello, el recurso debe inadmitirse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP

[Resolución 117/2021](#)

En lo que respecta a la representación, consta en el expediente que M.K.A.L. que actúa en nombre de la recurrente.

Respecto a la legitimación, el recurrente pretende, en síntesis, que se revoque el pliego impugnado, ordenando la publicación de un nuevo pliego que incluya correctamente los extremos señalados en el recurso. En concreto se alegan dos motivos para fundar la pretensión:



- a) La nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación por haberse omitido la preceptiva publicidad de la convocatoria de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE).
- b) La omisión de un trabajador con derecho a la subrogación y el incorrecto computo de la antigüedad con la consecuente repercusión en los cálculos del coste global del contrato, lo que implicaría falta de medios para la correcta ejecución de la prestación. Asimismo, también alega que las frecuencias bajo las cuales se debe prestar el servicio, no corresponden con el trabajo que actualmente realizan las limpiadoras. Todo ello supondría la nulidad de pleno derecho de los pliegos en virtud del artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (actos de contenido imposible).

A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que el motivo resumido en la letra b) anterior es una materia vinculada con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados o representados. Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación del sindicato ELA para la interposición del recurso.

No ocurre lo mismo con el motivo de la letra a) anterior; como el propio recurso indica, la falta de un anuncio preceptivo de la licitación es, sobre todo, una infracción de los principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y libre acceso (artículo 1 de la LCSP), pues impide que todos los operadores económicos potencialmente interesados en obtener la adjudicación del contrato puedan conocer la licitación y sus condiciones para presentar una oferta adecuadamente elaborada. Dado que el recurrente no es, a estos efectos, un operador económico y no está interesado en que se le adjudique el contrato, no consta ni se acredita qué aportaría a la satisfacción de los intereses cuya defensa ELA tiene atribuidos la estimación de este motivo de recurso, más allá del mero interés en el cumplimiento de la legalidad, insuficiente para basar la legitimación activa que exige el artículo 48 de la LCSP para la interposición del recurso especial (Resolución 128/2018 del OARC/KEAO). Por lo tanto, no cabe admitir este motivo de impugnación.



[Resolución 159/2021](#)

Respecto a la legitimación para la interposición del recurso, debe verificarse su existencia a partir del alcance de las pretensiones impugnatorias que, en síntesis, consisten en la anulación de:

- (i) El anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que incluye la información sobre el personal subrogable a la que se refiere el artículo 130 de la LCSP por adolecer de varios errores, como no comprender a todo el personal con derecho a subrogación o no reflejar correctamente diversos salarios y costes.
- (ii) Los requisitos de perfil lingüístico que los pliegos establecen para los trabajadores que vayan a prestar el servicio por no estar justificados y perjudicar o dificultar la continuidad en el trabajo del personal subrogado.

A juicio de este Órgano, es clara la vinculación entre la primera pretensión y la defensa de las finalidades institucionales de la recurrente y de los intereses de sus afiliados o representados (ver, por todas, la Resolución 117/2021 del OARC / KEAO), por lo que debe entenderse que CCOO tiene legitimación activa para la interposición de este motivo impugnatorio. Por lo que se refiere a la segunda pretensión, se observa lo siguiente:

- 1) En principio, los legitimados para impugnar las cláusulas de los pliegos que obligan al licitador o al contratista a satisfacer determinados requisitos que pueden dificultar o impedir la presentación de una oferta son los operadores económicos que podrían estar interesados en el contrato (por ejemplo, porque consideran que dichos requisitos son discriminatorios, desproporcionados o no vinculados con la prestación); la razón es que son ellos los perjudicados por dichas cláusulas y los que, en el caso de estimarse el recurso, obtendrían el beneficio tangible derivado de la satisfacción de un derecho o interés, que cualifica la legitimación activa. Asimismo, este OARC / KEAO ha admitido la legitimación para impugnar los citados requisitos de las organizaciones empresariales representativas de los intereses afectados (ver el inciso final del



segundo párrafo del artículo 48 de la LCSP y, por todas, su Resolución 53/2020) y de los correspondientes colegios profesionales para defender los intereses de sus colegiados (ver, por ejemplo, la Resolución 22/2021, que precisamente resuelve una impugnación sobre cláusulas lingüísticas consideradas desproporcionadas).

- 2) Si bien se reconoce en abstracto la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, lo cierto es que se exige una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada (STC 148/2014, de 22 de septiembre). Consecuentemente, en general, no se les reconoce legitimación para impugnar el tipo de estipulaciones mencionadas en el apartado 1) porque no consta una conexión entre la cláusula y los intereses y finalidades de dichas organizaciones, o si la hay, sería genérica, remota y meramente especulativa, desvinculada en principio de la infracción de normas sociales o laborales concretas, ámbito propio de la recurrente (ver, por ejemplo, las Resoluciones 128/2018 y 5, 24 y 173/2019 del OARC / KEAO); en particular, no puede “deducirse fundadamente” que las cláusulas impugnadas impliquen “...que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación” (artículo 48.2 de la LCSP).
- 3) La anterior afirmación general debe ser matizada para este caso concreto. Debe tenerse en cuenta que la alegación de CCOO se dirige especialmente a defender los intereses de un colectivo de trabajadores concreto y delimitado, como es el de los que vayan a subrogarse en la plantilla de la nueva adjudicataria; en especial, se argumentan los perjuicios que para la continuidad laboral de estos trabajadores podrían generar los niveles lingüísticos exigidos, sobre todo a la vista de sus circunstancias personales. De ello se deduce la existencia de un beneficio tangible derivado de la estimación de la pretensión, cuya consecución satisface finalidades propias de la recurrente. Llegados a



este punto, debe admitirse la legitimación activa de CCOO para interponer la segunda pretensión.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el título legitimante faculta a CCOO para la interposición del recurso en lo que se refiere a la segunda pretensión y habilita su admisión a trámite al cumplirse uno de sus requisitos procedimentales (ver el artículo 55 b) de la LCSP), pero también delimita los términos del debate jurídico y el alcance de la Resolución del OARC / KEAO. En este sentido, debe tenerse en cuenta que este Órgano no decidirá la estimación o desestimación del recurso con base exclusiva en la adecuación abstracta a la legalidad de las cláusulas recurridas, sino también verificando si de los pliegos puede deducirse el perjuicio concreto al que se refiere el apartado 3) anterior, en cuya eliminación radica el único interés tangible que dota de legitimación a la impugnación.

[Resolución 162/2021](#)

Por lo que a la legitimación se refiere, debe recordarse el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 448/2015, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO. En él se establece 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.

En el caso analizado, la entidad recurrente pretende la inclusión en los pliegos del listado de trabajadoras fijas discontinuas que han venido prestando el servicio. En el escrito de recurso se alega, en resumen y sin perjuicio del detalle con el que luego se expondrá, que la relación de personal subrogable que consta en la documentación contractual es incompleta y que el convenio de aplicación recogido en el pliego como



aplicable para dicho personal no es el correcto. A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que los motivos de recurso se corresponden con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados o representados. Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación de LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) para la interposición de este motivo de recurso.

[Resolución 187/2021](#)

En el caso analizado, la entidad recurrente pretende la inclusión en los pliegos del listado de trabajadoras fijas discontinuas que han venido prestando el servicio. En el escrito de recurso se alega, en resumen y sin perjuicio del detalle con el que luego se expondrá, que la relación de personal subrogable que consta en la documentación contractual es incompleta y que el convenio de aplicación recogido en el pliego como aplicable para dicho personal no es el correcto. A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que los motivos de recurso se corresponden con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados o representados. Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación de LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) para la interposición de este motivo de recurso.

[Resolución 35/2022](#)

(...) Por lo que se refiere a la legitimación activa, este Órgano considera que la recurrente goza de ella por las siguientes razones:

- en el último párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2018, número 230/2018, ECLI: ES:TSJPV:2018:4209 (en adelante, “sentencia 230/2018”), que confirma las Resoluciones 24, 29 y 45/2017 de este OARC / KEAO, se indica que, sentada la afectación del personal de Osakidetza y siendo los pliegos uno de los actos frente a los que podrá interponerse el recurso especial en materia de contratación, no se atisba la ausencia de presupuesto procedimental que conlleve la inadmisión del recurso.



- en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia 448/2015 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO, se señala 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.

En el supuesto ahora analizado, L.A.B. pretende, en resumen, que se anulen los pliegos por basar el poder adjudicador la justificación de la externalización del servicio en una supuesta falta de disposición de medios humanos para el mantenimiento de las instalaciones que no es cierta porque la OSI Araba dispone de una plantilla que reúne las condiciones necesarias y suficientes para tal cometido, lo cual, no cabe duda de que representa un interés legítimo, pues atañe a los derechos e intereses de un determinado colectivo de trabajadores de Osakidetza que defiende la recurrente.

[Resolución 75/2023](#)

(...) este OARC / KEAO entiende que el recurrente carece de legitimación activa para la interposición del recurso, pues no consta, ni L.A.B. alega conexión alguna entre la cláusula impugnada y los intereses de los trabajadores que esta organización defiende. El artículo 48 de la LCSP otorga legitimación a las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse que implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación; dicha legitimación depende de que la relación ente el acto impugnado y el incumplimiento sea deducible “fundadamente”. En el supuesto que nos ocupa, L.A.B. fundamenta su legitimación en que “(...) como persona jurídica interesada en la defensa de los servicios públicos y la buena gestión



de los mismos, en este caso Osakidetza, está legitimado para la interposición del presente recurso especial por cuanto en el proceso de licitación del contrato se incumple lo exigido en la LCSP". De la propia manifestación del sindicato recurrente se desprende que el interés que alberga en el recurso es el del mero cumplimiento de la legalidad, insuficiente para basar la legitimación activa que exige el artículo 48 de la LCSP para la interposición del recurso especial, donde no se reconoce acción pública.

[Resolución 042/2024](#)

En el caso analizado, el recurrente pretende, en síntesis, que se declare la nulidad de la cláusula 3.3.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) por entender que se imponen al personal de ambulancias funciones propias de otros profesionales. No cabe duda de que se trata de una materia vinculada con los derechos e intereses de los trabajadores a los que representa, especialmente, el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo (ver el artículo 62.2 en relación con el artículo 64.7.a) 1ª, ambos del Estatuto de los Trabajadores). Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación de D.J.P.M. en su condición de delegado de personal para la interposición del recurso.

[Resolución 114/2024](#)

(...) Por lo que se refiere a la legitimación activa, el poder adjudicador cuestiona que el recurrente disponga de ella; en particular, alega que se aprecia un interés abstracto en la legalidad, pero no se observa cuáles son los concretos intereses, propios o de los trabajadores, cuya satisfacción se pretende. Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) Según una reiterada doctrina de este Órgano, la legitimación activa para la interposición de un recurso especial requiere que de la estimación de la pretensión se derive la satisfacción de un interés tangible para el recurrente, distinto de la satisfacción moral o del interés en el restablecimiento de la mera legalidad (ver, por todas, la Resolución 186/2021 del OARC / KEAO). En este caso, la recurrente (i) impugna la valoración positiva de la oferta de la adjudicataria porque estima que se funda en aspectos que no son acordes con



la realidad de la empresa (el control de acceso con datos biométricos es inexistente y hay relevantes deficiencias en las instalaciones, detectadas y acreditadas por la Inspección de Trabajo) y (ii) alega que en la empresa concurre una causa de prohibición de contratar (haber sido sancionada con carácter firme por infracción muy grave en materia laboral o social, concretamente por incumplimiento reiterado en el abono puntual de la remuneración pactada).

- 2) La recurrente carece en este caso de legitimación para impugnar la valoración de los criterios de adjudicación. En primer lugar, no se explica (ni este Órgano la observa) cuál es la vinculación entre los intereses que defiende UGT y el motivo de recurso. Por lo que se refiere al control de acceso, la misma recurrente afirma que no existe, por lo que no se entiende en qué le perjudica que la valoración haga referencia a esta cuestión. En cuanto a las deficiencias de las condiciones de instalaciones y material, tampoco se aclara cuál es el beneficio tangible que se obtendría de una posible estimación de la pretensión. En todo caso, dichas deficiencias, según el propio escrito de recurso, existen ya y ni la oferta ni la adjudicación impugnada las han creado (de hecho, ni siquiera se explica cómo influyen estas deficiencias en las puntuaciones otorgadas en aplicación de los criterios de adjudicación). Finalmente, como indica el poder adjudicador, la proposición del adjudicatario se refiere a compromisos contractuales del licitador que éste deberá cumplir cuando se inicie la ejecución del contrato y no son una descripción de la actual situación de la empresa.
- 3) Por el contrario, debe admitirse la legitimación activa de UGT para impugnar la adjudicación del contrato a una empresa incurso en prohibición de contratar. La causa alegada es que la adjudicataria estaría sancionada con carácter firme por una infracción muy grave comprendida en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000 (en adelante, LISS), motivada por el incumplimiento reiterado en el abono puntual de la remuneración pactada. A juicio de este Órgano, la recurrente tiene un interés legítimo porque es beneficioso para sus intereses institucionales y para los de los trabajadores conseguir la aplicación



efectiva de las causas de prohibición referidas a las actuaciones u omisiones contrarias a la normativa social y laboral, dictada en favor de dichos trabajadores. Aunque el artículo 48 LCSP menciona en su segundo inciso la legitimación de los sindicatos únicamente a propósito de la ejecución del contrato, esta norma debe entenderse una especificación de la amplísima regla general contenida en el primer inciso (legitimación de cualquier persona con derechos o intereses legítimos afectados por la decisión impugnada) y no como una limitación de ella. De hecho, el OARC / KEAO ha admitido como título legitimador la defensa de las normas que garantizan la fuerza vinculante de los acuerdos producto de la negociación colectiva, supuesto que puede considerarse análogo al ahora analizado y que ha permitido a las organizaciones sindicales impugnar incluso la misma decisión de contratar (ver, entre muchas, la Resolución 45/2017).

(...)

[Resolución 187/2024](#)

Consta en el expediente la representación de quien actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, este Órgano considera que el recurrente goza de un interés legítimo para impugnar esta adjudicación sobre la base de los mismos argumentos que constan en la Resolución 114/2024 de este OARC / KEAO, en la que se estima un recurso especial interpuesto por UGT contra la primera adjudicación del Lote 3 de este contrato. Dichos argumentos consisten en que es beneficioso para los intereses institucionales del sindicato y para los de los trabajadores conseguir la aplicación efectiva de las causas de prohibición referidas a las actuaciones u omisiones contrarias a la normativa social y laboral, dictada en favor de los trabajadores. Aunque el artículo 48 LCSP menciona en su segundo inciso la legitimación de los sindicatos únicamente a propósito de la ejecución del contrato, esta norma debe entenderse una especificación de la amplísima regla general contenida en el primer inciso (legitimación de cualquier persona con derechos o intereses legítimos afectados por la decisión impugnada) y no como una limitación de ella. De hecho, el OARC / KEAO ha admitido como título legitimador la defensa de las normas



que garantizan la fuerza vinculante de los acuerdos producto de la negociación colectiva, supuesto que puede considerarse análogo al ahora analizado y que ha permitido a las organizaciones sindicales impugnar incluso la misma decisión de contratar (ver, ente muchas, la Resolución 45/2017).

(...)

1.1.4. De licitadores

[Resolución 117/2018](#)

INTEGRA plantea la inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente que fue excluido de la licitación por la Resolución 56/2018 de este OARC/KEAO.

Esta cuestión ha sido analizada por este OARC/KEAO en su Resolución 137/2017 concluyendo que, siempre que la exclusión no haya adquirido firmeza, el licitador excluido goza de legitimación siempre que goce de interés en obtener el contrato, basándose en los argumentos y pronunciamientos de este Órgano que se exponen a continuación.

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, FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK estaría legitimada para interponer el recurso ya que su hipotética estimación implicaría la exclusión de INTEGRA, adjudicatario impugnado y única oferta que permanece en la licitación, de modo que siendo el objeto del contrato la prestación de un servicio continuado y habitualmente externalizado, el poder adjudicador se vería obligado a declarar desierto el contrato e iniciar un nuevo procedimiento, en el que FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK 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 56/2018 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 y el recurrente goza de legitimación para recurrir.



La pretensión del recurso es que, con escrupuloso respeto a la oferta presentada se modifique el acto impugnado en el sentido de aprobar la adjudicación en el importe de 272.172, 17 euros, el realmente ofertado, sustituyendo así la cifra de 544.344, 34 euros. A la vista de esta circunstancia, no se alcanza a entender (ni el recurso lo acredita) cuál es el derecho o interés legítimo tangible que, distinto de la mera reposición de la legalidad supuestamente vulnerada o el perjuicio infringido a MEDIASAL, obtendría DAMBERG de una hipotética estimación del recurso. Es claro que en ningún caso conseguiría el contrato, pues no se discute la posición del adjudicatario, sino solamente las condiciones bajo las que se le adjudica dicho contrato. Tampoco hay petición de declaración de desierto del procedimiento, cuyo éxito beneficiaría al recurrente al permitirle presentar una nueva proposición en una más que posible nueva licitación. Consecuentemente, no concurre la legitimación activa que el artículo 48 de la LCSP requiere para la válida interposición del recurso, por lo que debe inadmitirse según lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

[Resolución 15/2019](#)

Consta la representación de D. J.M.G.V. para actuar en nombre de la recurrente. Respecto a la legitimación, analizado el expediente, se observa que la oferta de la recurrente es la cuarta clasificada en el listado elaborado después de la aplicación de los criterios de adjudicación (artículo 151.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Consecuentemente, en el caso de que se acordara la anulación solicitada, sería ella la adjudicataria, dado que ZAINZEN reclama la exclusión de todas las proposiciones mejor valoradas que la suya. Por todo ello, ya que una hipotética estimación de la pretensión derivaría en un beneficio tangible, requisito para su interposición según el artículo 48 de la LCSP, la recurrente se encuentra legitimada.

[Resolución 186/2019](#)

La pretensión de la recurrente es que se declare “la nulidad de los actos administrativos por haber generado indefensión al no estar correctamente notificados y no haber plazo de alegaciones con acuerdo de exclusión”. El alegante estima que el recurso es inadmisibles por falta de legitimación activa; afirma que, dado que el recurrente fue excluido y que su impugnación no opone ningún argumento contra dicha exclusión, admite la corrección



de este acto, lo que supone el reconocimiento simultáneo de su falta de interés en el resultado final del procedimiento de adjudicación, que ya no le afectaría en ningún caso. A juicio de este Órgano, la citada alegación es acertada y el recurso debe inadmitirse al amparo del artículo 55 b) de la LCSP por las siguientes razones:

- 1) El licitador fue excluido por el Jurado (acta de la reunión del día 25 de junio de 2018); no consta que dicha exclusión le fuera notificada en debida forma. No obstante, la adjudicación impugnada sí cita como fundamento la literalidad del acta en la que se formula la correspondiente propuesta, y en ella se incluye el motivo de la exclusión (incluir en la oferta técnica los nombres de los miembros del equipo redactor, infringiendo el anonimato propio de los concursos de proyectos).
- 2) Frente al acto impugnado, el recurrente argumenta diversas deficiencias procedimentales que, como bien señala el poder adjudicador, son irrelevantes por no ser esenciales (artículo 48.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), relativas a los plazos de resolución del procedimiento y a la publicación de la información sobre el desarrollo del concurso en el “portal web del concurso”, pero apenas discute la legalidad de la causa de su exclusión, a pesar de que está claramente expuesta en el acto impugnado. En este sentido, la alegación de que la falta de un “plazo de alegaciones” contra la exclusión le ha provocado indefensión es un argumento puramente retórico y formalista, pues nada le impide ahora formular cuantos motivos materiales de oposición a la exclusión estime oportunos; tales motivos podrían haber sido valorados por este Órgano que, en su caso, podría haberlos estimado, con la consecuente anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones (o cancelación del procedimiento si esto último no es posible; ver por ejemplo la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).
- 3) El hecho de que el recurrente no ponga en duda de modo efectivo la legalidad de su exclusión (a pesar de conocer todos los elementos para poder hacerlo) indica que no hay en la impugnación el interés tangible real que caracteriza la legitimación activa, pues carece de ella el licitador que no se opone a su exclusión o que, como en este supuesto, se opone a ella de un modo meramente



formal (ver, por ejemplo, sensu contrario, la Resolución 69/2019 del OARC / KEAO).

[Resolución 220/2019](#)

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.I.C.I.D.E., que actúa en su nombre. Téngase en cuenta que la doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 40/2019) reconoce legitimación al licitador excluido mientras esta decisión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa concurren los dos requisitos: en lo que respecta al primero, la decisión de exclusión no es firme porque la Resolución 219/2019 por la que se desestima el recurso presentado por la recurrente contra su exclusión puede ser aún recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en lo que respecta al segundo, la estimación de la pretensión del recurso significaría la exclusión de la única oferta que permanece en el procedimiento y la consiguiente declaración como desierta de la licitación, lo cual podría suponer la apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación en el que tomar parte, constituyendo esta posibilidad de volver a licitar una mejora clara respecto a su situación de excluido y constituyendo el interés tangible que caracteriza a la legitimación

[Resolución 18/2021](#)

Por lo que se refiere a la legitimación, EULEN fue excluida de la licitación ahora impugnada en virtud de la Resolución 139/2020 del OARC / KEAO, que resolvió el recurso especial EB 2020/103, interpuesto por ISS. No obstante, este Órgano ya ha reconocido (ver, por ejemplo, su Resolución 172/2020) la legitimación del licitador excluido mientras esta decisión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa concurren ambos requisitos: en lo que respecta al primero, la decisión de exclusión no es firme porque la Resolución 139/2020 ha sido objeto de un recurso contencioso administrativo interpuesto por EULEN. En lo que se refiere al segundo, la estimación de la pretensión del recurso significaría que el procedimiento de adjudicación fuera declarado desierto, lo que muy probablemente, habida cuenta de que la prestación contratada satisface una necesidad permanente, supondría la convocatoria de un nuevo procedimiento en el



que EULEN podría presentar una oferta; ello implicaría una mejora respecto a su actual situación de operador excluido. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que EULEN e ISS tienen un “interés legítimo equivalente” en refutar cada uno de ellos la oferta del otro (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4/7/2013, C-100/12, ECLI: EU:C:2013:448 y de 5/4/2016, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, así como la Resolución 134/2020 del OARC / KEAO y las que en ella se citan). En este caso, solo ISS pudo hacer efectivo dicho interés en el recurso que dio lugar a la Resolución 139/2020, en el que EULEN participó como interesado, posición procedimental que no le permitió formular pretensión alguna que la citada Resolución debiera resolver (ver, por ejemplo, la Resolución 56/2017 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no puede ahora negarse a EULEN el acceso al recurso especial para que pida la anulación de la nueva adjudicación y la exclusión de ISS, habida cuenta de que ello no supone impugnar la Resolución 139/2020, lo que no sería aceptable (ver el artículo 59 de la LCSP).

[Resolución 39/2021](#)

EULEN niega la legitimación activa alegando que es la cuarta clasificada en el listado del artículo 150.1 de la LCSP, por lo que no obtendría ningún beneficio de la anulación de la adjudicación. A juicio de este Órgano, esta alegación no es aceptable. Debe tenerse en cuenta que la pretensión del recurso es la cancelación de la licitación, por lo que su estimación supondría un muy probable nuevo procedimiento de adjudicación en el que URGATZI podría presentar su oferta, mejorando así su actual posición. Consecuentemente, existe el interés tangible distinto de la mera legalidad que fundamenta la legitimación (ver el artículo 48 de la LCSP y, por todas, la Resolución 26/2021 del OARC / KEAO).

[Resolución 46/2021](#)

Por lo que se refiere a la legitimación, la Comunidad de bienes entiende que UNIVE carece de ella por las siguientes razones:

- a) No puede ser licitadora al contrato impugnado porque se trata de una sociedad de intermediación de servicios jurídicos, cuyo objeto social es “la intermediación



en la prestación de servicios de consultoría jurídica especializada mediante una red de sedes propias o franquiciadas". Por lo tanto, no presta servicios de consultoría jurídica (para ello tendría que haberse adaptado a la Ley 2/2007, de sociedades profesionales), sino de intermediación de esos servicios entre el cliente y el profesional (persona física) que desarrolla efectivamente la actividad profesional.

- b) El objeto del contrato comprende, en síntesis, el asesoramiento jurídico al poder adjudicador y sus entidades dependientes en varias materias legales, así como la asistencia y representación en juicio, y la solvencia económica y financiera se acredita mediante un seguro de riesgos profesionales por un mínimo de 300.000 euros.
- c) De acuerdo con los apartados a) y b) anteriores, se alega que el objeto del contrato no está comprendido en el objeto social de la recurrente, que no desarrolla la actividad que se pretende contratar, y que no estaría en disposición de acreditar la solvencia financiera requerida. Por ello, la estimación de sus peticiones (consistentes en la rebaja de los requisitos de solvencia y la modificación de los criterios de adjudicación) no supondría que UNIVE pudiera presentar una oferta a la licitación, pues seguiría careciendo de objeto social adecuado.

A juicio de este Órgano, estas alegaciones deben desestimarse por los siguientes motivos:

- 1) El artículo 66.1 de la LCSP establece que las personas jurídicas solo 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. Este Órgano ha establecido que este requisito debe entenderse en sentido amplio para no restringir indebidamente el acceso a la licitación (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 27/2012, 85/2014 y 18/2015, esta última en conexión con la legitimación activa para interponer el recurso especial).



- 2) Como señala la propia Comunidad de bienes, el objeto social de la recurrente incluye la “intermediación en la prestación de servicios de consultoría jurídica especializada mediante una red de sedes propias o franquiciadas”. Por lo tanto, parece claro que dicho objeto es, al menos en parte, coincidente con el objeto del contrato, que incluye el asesoramiento y la asistencia jurídica y la representación en juicio. Consecuentemente, en aplicación de la doctrina expuesta en el apartado 1) anterior, debe reconocerse la legitimación activa de UNIVE en virtud de su potencial interés en el contrato.
- 3) No es relevante, a estos efectos, que el objeto de la empresa contemple la prestación del servicio de modo indirecto, pues la LCSP no se opone a ello: por el contrario, prevé expresamente la integración de la solvencia del licitador (artículo 75 de la LCSP), cuya validez solo puede apreciarse con motivo del correspondiente procedimiento de adjudicación y sus concretas circunstancias, sin que por lo tanto corresponda analizarla o prejuzgarla a propósito de la legitimación para interponer el recurso especial.

[Resolución 91/2021](#)

En lo que se refiere a la legitimación, PRISMAGLOBAL considera que la recurrente carece de legitimación para recurrir debido a que, a su parecer, la estimación de las pretensiones formuladas no implicaría necesariamente una adjudicación del contrato a su favor, ya que no se postula como adjudicataria ni solicita la exclusión de la adjudicataria, sino que se limita a solicitar la declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación. Sin embargo, esta alegación contiene una interpretación interesada de la pretensión de la recurrente que no puede prosperar. Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad que la legitimación (ver, en este sentido la Resolución 87/2020), exige 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. Por tanto, el interés legítimo no puede ser



asimilado al interés en la legalidad (ver la Resolución 13/2018 y la jurisprudencia que en ella se cita). Ello significa que gozan de legitimación quienes, de prosperar su recurso, pueden obtener un beneficio (ver, en este sentido la Resolución 92/2016). En el recurso que nos ocupa, se alega como motivo de impugnación la falta de acreditación de la solvencia técnica por parte de la adjudicataria, por lo que resulta evidente que la recurrente, participante en el procedimiento de adjudicación, considera que la adjudicación no se ha ajustado a derecho y pretende su nulidad para, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.4 de la LCSP, conseguir ser la nueva adjudicataria. Consecuentemente, se puede afirmar que la recurrente ostenta un “interés tangible” en que prospere su recurso, lo que caracteriza la legitimación.

[Resolución 92/2021](#)

En cuanto a la legitimación, siendo la segunda oferta en el orden de clasificación la tiene para impugnar la adjudicación del contrato a ANSAREO por cuanto que una eventual estimación del recurso podría significar la obtención del contrato. No obstante, no se aprecia el beneficio tangible, característica básica de la legitimación (artículo 48 de la LCSP), que obtendría la recurrente de la hipotética estimación de la pretensión de exclusión formulada respecto de la oferta de GARBIALDI. Debe tenerse en cuenta que en el orden de clasificación de ofertas esta empresa se halla ubicada en tercer lugar, por detrás de la recurrente, por lo que su eventual exclusión del procedimiento de adjudicación no alteraría ni afectaría en nada a la posición de la recurrente y sus expectativas para ser la adjudicataria del contrato. Consecuentemente, el recurso ha de ser inadmitido en lo concerniente a la pretensión de exclusión de la oferta de GARBIALDI y admitida en lo concerniente a la exclusión de la oferta de ANSAREO.

[Resolución 94/2021](#)

Respecto a la legitimación, el poder adjudicador alega que SABICO SERVICIOS AUXILIARES, S.L. ha presentado oferta en fecha 26 de mayo de 2021, aceptando de manera incondicional el contenido de la totalidad de las cláusulas contempladas en los pliegos que integran el expediente de referencia, por lo que el recurso debe ser inadmitido. No obstante, este OARC/KEAO no puede admitir esta alegación planteada



por el órgano de contratación, toda vez que el artículo 48 de la LCSP establece que podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Asimismo, el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, que regula los recursos en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos establece que dichos recursos deberán ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. De hecho, del último párrafo del artículo 50.1 b) de la LCSP se deduce que la inadmisión del recurso podría darse si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado proposición en la licitación correspondiente (Resolución del OARC/KEAO 62/2018), cosa que no ocurre en el presente caso puesto que, como se indica en el informe del poder adjudicador, el recurrente presentó oferta en fecha 26 de mayo, es decir, el mismo día en el que interpuso el recurso especial de materia de contratación.

[Resolución 99/2021](#)

Analizados el expediente y el recurso, este OARC / KEAO estima que la impugnación no puede ser admitida a trámite por carecer la recurrente de legitimación activa para interponerlo. La pretensión del recurso consiste en la anulación de las decisiones de la mesa de contratación del día 11 de mayo de 2021, relativas a la acreditación de la capacidad y solvencia económico y financiera de TELESONIC S.A.U., licitadora clasificada en primer lugar en el listado del artículo 150.1 LCSP y adjudicataria. Debe tenerse en cuenta que la recurrente únicamente presentó oferta al Lote 2 y resultó clasificada en tercer lugar, quedando por delante de ella DIGALIX SOLUTIONS S.L. que es la segunda clasificada. Consecuentemente, en el caso de que TELESONIC S.A.U. no cumpliera con los requisitos de capacidad y solvencia, la recurrente no podría optar a la adjudicación del contrato, pues tendría en el Lote 2 a una empresa (DIGALIX SOLUTIONS S.L.) por delante en la clasificación anteriormente citada. Al no impugnar la recurrente todas las ofertas que le anteceden en el orden de clasificación, su oferta en ningún caso podría ser la seleccionada, por lo que de la



hipotética estimación de la pretensión no se derivaría el beneficio tangible que sustenta la legitimación activa para la interposición del recurso, requisito para su interposición según el artículo 48 de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resoluciones 58/2019 y 101/2020 del OARC / KEAO).

[Resolución 107/2021](#)

En lo que se refiere a la legitimación, las partes oponen las siguientes objeciones:

- a) El poder adjudicador afirma que RAFRINOR carece de legitimación activa para interponer el recurso especial frente a la adjudicación, pues no ostenta derechos o intereses legítimos que se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta por las decisiones objeto de recurso, como exige el artículo 48 de la LCSP, toda vez que fue excluida del procedimiento, exclusión que fue confirmada por la Resolución 014/2021, de 26 de enero, del OARC / KEAO. Por su parte, ECOGRAS, adjudicataria impugnada, entiende que no hay un interés legítimo en la impugnación porque no puede considerarse como tal la obtención de una prórroga del contrato vigente hasta que se resuelva el recurso.
- b) ECOGRAS manifiesta su disconformidad con la doctrina de este Órgano sobre la legitimación del licitador excluido no firme.

A juicio de este Órgano, ambas alegaciones deben desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Sobre la legitimación del licitador excluido para recurrir la adjudicación del contrato mientras dicha exclusión no sea firme, este Órgano ha venido considerando (ver, por todas, sus Resoluciones 220/2019 y 031/2020) que dicho licitador tiene legitimación si del éxito de su pretensión se deriva un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa ello es así, pues frente a una mera afirmación genérica de ECOGRAS de que la única intención de la recurrente es la de dilatar el procedimiento de adjudicación, consta el beneficio tangible que caracteriza la legitimación que obtendría RAFRINOR de una eventual estimación del recurso, pues implicaría la declaración de desierto del



procedimiento de adjudicación y, siendo el objeto del contrato la prestación de un servicio continuado y habitualmente externalizado, la muy probable convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación en el que poder participar con la expectativa de su adjudicación.

- 2) 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 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, STJUE, de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988). En suma, se reconoce el derecho del licitador excluido a poder acudir a la tutela del recurso especial para impugnar la regularidad de decisiones adoptadas por el poder adjudicador en una fase del procedimiento posterior a su exclusión, siempre que el acuerdo de exclusión no haya adquirido firmeza y que de la interposición del recurso se derive un beneficio tangible para el recurrente (en este sentido, ver la STJUE de 5 de septiembre de 2019, *Lombardi*, C-333/18, EU:C:2019:675, apartados 31 y 32, y también, en sentido análogo, la STJUE de 24 de marzo de 2021, *NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE — LDK Symvouloi Michanikoi AE*, C-771/19, ECLI: EU:C:2021:232, apartados 42 y siguientes). Tal y como se manifiesta en el apartado 31 de la citada STJUE C-333/18, es cierto que el TJUE declaró en la también citada sentencia C-355/15 (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. Esta doctrina, en contra de lo alegado por la adjudicataria, no es contraria al principio de ejecutividad de los acuerdos del OARC / KEAO (artículo 59.2 de la LCSP), ya que la oferta de RAFRINOR, salvo que el TSJPV adopte la medida cautelar de suspender dicha ejecutividad, permanece excluida del procedimiento de adjudicación mientras se sustancia el procedimiento contencioso-administrativo.

- 3) En el caso analizado consta que RAFRINOR ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 14/2021 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 se satisface el citado requisito de que su exclusión no sea firme.
- 4) Finalmente, debe señalarse que, a los efectos de la doctrina citada, y en contra de lo que argumenta la recurrente, es indiferente que haya únicamente dos licitadoras o, como en este caso, tres o más, como se deduce de la STJUE de 4 de junio de 2013 asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448 y de la posterior STJUE de 5 de abril de 2016, asunto C-689/13, PFE, ECLI:EU:C:2016:199, que precisa que el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate, al igual que el número de participantes que haya interpuesto un recurso y la divergencia de los motivos invocados por los recurrentes, no son datos pertinentes para la aplicación del principio jurisprudencial sentado en la STJUE C-100/12 citada.

[Resolución 131/2021](#)

En cuanto a la legitimación, la UTE recurrente ha visto alterada su posición de adjudicataria como consecuencia de la ejecución de la Resolución 32/2021 del OARC / KEAO, que resolvió el recurso especial EB 189/2020 interpuesto por COORDINADORA DE GESTIÓN DE INGRESOS, S.A (en adelante, CGI), cuyo resultado ha sido la adjudicación del contrato a esta última empresa. En este sentido, tanto la UTE como CGI tienen un “interés legítimo equivalente” en refutar cada uno de ellos la oferta del otro (ver, por ejemplo, las STJUE de 4/7/2013, C-100/12, ECLI:



EU:C:2013:448 y de 5/4/2016, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, así como las Resoluciones 2/2017, 40/2019 y 90/2020 del OARC / KEAO). En el supuesto que nos ocupa, solo CGI pudo hacerlo efectivo en el procedimiento que finalizó con la ROARC 32/2021, pues la posición procedimental de la UTE en dicho recurso era la de un mero interesado que, como tal, no le permitió formular pretensión alguna que la Resolución debiera resolver (ver, por ejemplo, la Resolución 56/2017 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no puede ahora negarse a la UTE el acceso al recurso especial para que pida la anulación de la nueva adjudicación y la exclusión de CGI, siempre y cuando ello no suponga, de hecho, impugnar la ROARC 32/2021. Debe tenerse en cuenta que, tal y como el legislador ha configurado este recurso, no existe un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y el resto de licitadores, a modo de reconvención en el procedimiento civil, por lo que estos interesados no pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio que estuvo determinado por lo que solicitaron en sede del recurso y que será el que fijará el alcance de esta resolución. Así las cosas, la posición de los interesados del artículo 56 de la LCSP no es análoga a la del recurrente ni a la del demandado de los procedimientos civiles (ver, por ejemplo, la Resolución 134/2020 del OARC/KEAO).

[Resolución 163/2021](#)

El poder adjudicador y el adjudicatario impugnado plantean la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa. Esta objeción debe aceptarse, lo que supone la inadmisión del recurso por los siguientes motivos:

- 1) El recurrente es el tercer clasificado en el listado del artículo 150.1 de la LCSP. En tal circunstancia, este Órgano (ver, por todas, las resoluciones 15 y 58/2019 del OARC / KEAO) ha señalado que un recurso contra la adjudicación solo puede considerarse dotado de legitimación si de la estimación de la pretensión se puede deducir la exclusión de todas las ofertas mejores que la del recurrente. Debe tenerse en cuenta que si la petición de exclusión afecta únicamente al adjudicatario y no a las demás ofertas precedentes la estimación no supondría la adjudicación del contrato a quien impugna; consecuentemente, no existiría el interés tangible derivado del éxito de la pretensión que sustenta el requisito de la legitimación.



- 2) En el caso analizado, el recurrente solicita la exclusión de las ofertas del adjudicatario y del segundo clasificado, por lo que, aparentemente, se podría considerar satisfecho el requisito de la legitimación. Sin embargo, del análisis del escrito de recurso se deduce que este cumplimiento es puramente formal. En este sentido, se observa que, aunque VIRTUALWARE sí alega, al menos, un motivo concreto por el que entiende que la oferta de TELESONIC debe ser excluida por falta de solvencia (la falta de “certificaciones profesionales”), no sucede lo mismo con la proposición de DIGALIX, cuya exclusión se pide con alegaciones tan vagas como el conocimiento que el recurrente tiene de sus actividades (lo que acreditaría que no ha realizado anteriormente trabajos similares al del objeto del contrato) y sin argumento ni prueba concreta alguna. En realidad, la mención de DIGALIX parece obedecer únicamente a cumplir (solo formalmente, como ya se ha dicho) el requisito de la legitimación, intentando así evitar la inadmisión de la impugnación que ya se decidió en la Resolución 99/2021 a propósito del recurso de VIRTUALWARE contra la admisión de la oferta de TELESONIC.
- 3) Debe recordarse que en el recurso especial ha de constar el motivo que lo fundamente (artículo 51.1 de la LCSP); de lo contrario, el escrito de interposición se convertiría en una denuncia o mera manifestación genérica de disconformidad de la que difícilmente puede defenderse el poder adjudicador y sobre la que mal pueden alegar otros interesados. Por ello, si este Órgano tramitara este recurso estaría favoreciendo la indefensión de la Administración y de los demás interesados concediendo una ventaja antijurídica a quien no ha formulado con una mínima concreción su posición, convirtiendo la deficiencia en preeminencia (ver la Resolución 114/2015 del OARC / KEAO).
- 4) En el presente caso no procede el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación que establece el artículo 57.3 de la LCSP porque aún queda pendiente de resolver el recurso EB 2021/119, cuyo objeto incluye también la adjudicación impugnada en el presente recurso.



Resolución 64/2022

Consta en el expediente la representación de A.V.D. En cuanto a la legitimación se refiere, el poder adjudicador opone las siguientes objeciones:

a) considera que el recurrente carece de ella porque (i) ningún beneficio obtendría de la estimación del recurso debido a que no se impugna la adjudicación de un procedimiento de adjudicación ordinario, sino la concesión de un premio o galardón en un concurso de proyectos en el que hay un único galardón y la adjudicación al siguiente clasificado es una posibilidad, no un derecho y (ii) la recurrente ha consentido el acuerdo impugnado, pues ha realizado el mayor de los actos de conformidad y pérdida de legitimación, que es el cobro del premio sin reparo alguno.

A juicio de este Órgano, ambas alegaciones deben desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Este OARC / KEAO sostiene que goza de legitimación quien ostenta un interés legítimo y considera que éste concurre cuando el acto impugnado repercute 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 (ver por todas la Resolución 117/2018). En el supuesto que nos ocupa, el recurrente obtendría un beneficio tangible, no hipotético, de la eventual estimación del recurso, ya que la base 19 del concurso de proyectos dispone que En el supuesto de que el/la licitador/a titular de la propuesta ganadora del primer premio, no cumpla con los requisitos exigidos o no subsanará los defectos, el órgano de contratación dejará sin efecto el fallo del jurado y se reserva el derecho de declararlo desierto, previa audiencia del Jurado. En su caso, podrá adjudicar el Concurso al/la siguiente premiado/a en el orden de la lista establecida por el Jurado en el Acta, corriendo así el orden, siempre que cumplan los requisitos exigidos en las presentes Bases. Ello supone que, de anularse la adjudicación del contrato, el poder adjudicador podría, bien adjudicar el concurso al siguiente proyecto premiado en el orden de clasificación, que es el de la recurrente, o bien declarar desierto el concurso,



lo que implica la más que probable convocatoria de uno nuevo en el que participar con la expectativa de resultar el proyecto premiado, lo que mejoraría su actual posición.

- 2) No puede considerarse la percepción del premio como un acto de aceptación de la adjudicación, dado que el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, por lo que no ha ganado aún firmeza (artículo 50 de la LCSP y artículo 28 de la LJC). A este respecto, debe recordarse que la excepción de acto firme y consentido debe ser interpretada de manera restrictiva a fin de hacerla compatible con el artículo 24.1 de la Constitución que reconoce el derecho de acceso a la jurisdicción.

(...)

Asimismo, opone el poder adjudicador que el recurso especial ha sido interpuesto únicamente por Vaillo Irigaray y Asociados, S.L.P., sin que conste el de Pallejá-León Arquitectes SLP (en adelante, PLA), con quien ha presentado conjuntamente su candidatura. Este motivo no puede prosperar porque, como ha manifestado anteriormente este Órgano (ver la Resolución 91/2017 con cita de la Resolución 52/2012), 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 concurren 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. En el procedimiento que nos ocupa, no constando oposición de PLA, no hay motivo alguno para negar legitimación a quien interpone 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 los intereses de quien no ha interpuesto el recurso.



[Resolución 064/2023](#)

(...) Respecto a la legitimación activa, GIROA alega que, si bien cualquiera de los componentes de la UTE tiene legitimación para recurrir, no se ha acreditado que la reorganización del grupo empresarial FERROVIAL sea inocua en el procedimiento de adjudicación. El motivo es que, en contra de lo dispuesto en el artículo 144 de la LCSP, FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. no ha acreditado que la entidad resultante de la fusión por absorción de FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. (componente originario de la UTE) cuente con las condiciones de capacidad, habilitaciones y solvencia que le permitan suceder a la sociedad que ha absorbido en el procedimiento de licitación. En particular, se alega que FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. no ha probado ante el poder adjudicador que reúna dichos requisitos, el cual, consecuentemente, no ha podido constatarlos, por lo que carece de legitimación. Esta afirmación no es aceptable por lo siguiente:

- 1) El artículo 51.1 b) de la LCSP señala que, entre otros documentos, el escrito de interposición del recurso especial se acompañará del documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título. En este sentido, consta en el expediente la escritura pública de fusión por absorción de FERROVIAL CONSTRUCCIÓN, S.A. a las sociedades FERROVIAL SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L.U. y FERROVIAL SOLUCIONES ENERGÉTICAS, S.L.U.
- 2) Cumplido el requisito anterior, este Órgano entiende que no cabe dudar de la legitimación activa de la empresa absorbente para la interposición del recurso. El artículo 144 de la LCSP se limita a reconocer en el procedimiento de adjudicación el efecto de una fusión por absorción producida fuera del ámbito de dicho procedimiento, la cual consiste en que la entidad absorbente suceda a la absorbida en la posición jurídica de esta última (del mismo modo, hay sucesión en la posición en la UTE de la que formaba parte, según el artículo 69.8 de la LCSP). Es cierto que el precepto condiciona este efecto sucesorio a que la nueva empresa "...reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de



cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación”; sin embargo, la norma no exige un acto expreso del poder adjudicador que verifique o declare que esta condición se cumple para que la sucesión se produzca (y menos para que tenga efectos en el procedimiento de recurso especial). Por ello, no hay motivo para aplicar aquí un criterio distinto al que la LCSP establece con carácter general sobre la acreditación de los requisitos de aptitud, esto es, que se produce, en todo caso, en el momento previo a la adjudicación y solo se requiere al licitador que ha presentado la oferta clasificada como más ventajosa, sin perjuicio de que pueda solicitarse la documentación correspondiente en cualquier momento del procedimiento (ver los artículos 140.3 y 150.2 de la LCSP).

[Resolución 065/2024](#)

Analizados el expediente y el recurso, este OARC / KEAO considera que la impugnación no puede ser admitida a trámite al carecer la recurrente de legitimación activa para interponerla por las razones que se exponen a continuación:

- 1) Este OARC/KEAO viene admitiendo la legitimación del licitador excluido siempre que la exclusión no haya adquirido firmeza y si de la estimación del recurso se deriva la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible la convocatoria de una nueva licitación a la que pueda presentar una nueva oferta (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC/KEAO 106/2022, 129/2021 y 214/2021).
- 2) En el supuesto que nos ocupa, la recurrente interpuso anteriormente otro recurso especial (identificado como EB 2023/227) contra su exclusión del procedimiento licitatorio que finalizó con la Resolución 57/2024, de 26 de marzo, cuyo apartado primero de la parte dispositiva estableció: Desestimar el recurso especial presentado por la empresa OARSO CAR, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Suministro de vehículos con destino a la policía municipal de Bilbao”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao. Esto es, la recurrente se encuentra excluida en la presente licitación, si bien la exclusión no es firme por estar en plazo para poder ser recurrida en vía judicial.



3) En este segundo recurso, la recurrente solicita la anulación del acuerdo impugnado por motivos de legalidad, esto es, por la incorrecta y arbitraria aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor realizada por el informante técnico; sin embargo, el reproche efectuado no conlleva una solicitud de cancelación de la licitación, sino de revisión a la baja de las puntuaciones otorgadas a otros licitadores. En consecuencia, no se da el segundo de los requisitos señalados en el apartado 1 de este Fundamento jurídico, pues de la hipotética estimación de la pretensión no se derivaría el único beneficio tangible al que puede aspirar al estar excluida (cancelación del procedimiento o declaración de desierto) y que sustentaría la legitimación activa para la interposición del recurso, requisito necesario para su admisión según lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

4) A la vista de lo señalado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.

1.1.5. De no licitadores

[Resolución 23/2019](#)

Como viene señalando este OARC / KEAO (ver, por todas, la Resolución 45/2017, referida a un caso similar al que ahora se analiza), la legitimación activa requiere una conexión entre la pretensión del recurso y la satisfacción por el recurrente de derechos o intereses legítimos si dicha pretensión es estimada. En este caso, se solicita la revocación de los pliegos impugnados y que se ordene “a Osakidetza” actuar conforme al contenido del recurso. El recurrente invoca una normativa que, en síntesis, impediría la externalización de los servicios objeto del contrato e impondría el uso preferente de medios propios. La única mención que D.D.Z.P hace a su legitimación activa la fundamenta en su condición de (...) trabajador temporal de Osakidetza en servicios similares a los que se pretenden externalizar, por lo que (...) el contenido del pliego de condiciones perjudica su derecho como trabajador. A juicio de este Órgano, esta alegación es insuficiente para considerar que existe legitimación activa, por lo que el recurso debe



inadmitirse. En contra de lo que señala el recurso, el poder adjudicador que requiere la prestación y tramita el procedimiento de adjudicación no es Osakidetza, sino la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (ver, por ejemplo, el apartado 19.1 de las Cláusulas Específicas del Contrato). Por lo tanto, no hay un beneficio directo tangible que el recurrente pueda obtener de la cancelación de la licitación y la consiguiente internalización del servicio, ya que los medios personales propios que se utilizarían serían, en principio, los adscritos al Departamento de Salud, y no los de Osakidetza en los que se integra D.D.Z.P., siendo además muy remota la posibilidad de que la prestación pudiera atribuirse a empleados temporales (con menores posibilidades de movilidad funcional) de otra Administración. Por otro lado, no es objeto del acto impugnado reordenar las categorías profesionales de Osakidetza o del Sistema Sanitario Vasco, ni modificar el puesto de trabajo del recurrente (que por cierto, éste no identifica). Consecuentemente, no se considera que se haya acreditado una legitimación suficiente para interponer un recurso especial en materia de contratación, por lo que el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 b) de la LCSP.

[Resolución 193/2019](#)

En el expediente consta que en la licitación cuya adjudicación se impugna únicamente se ha presentado una oferta. Por lo tanto, el recurrente, que también impugnó los pliegos del presente contrato mediante un recurso especial que fue desestimado mediante la Resolución 129/2019 del OARC/KEAO, no ha participado en el procedimiento de adjudicación presentando una proposición y además no pudo hacerlo al ser un contrato reservado para centros especiales de empleo de iniciativa social, condición que CUSTAR no reúne. Sentado lo anterior, y a juicio de este Órgano, la alegación de GUREAK debe aceptarse por lo siguiente:

- 1.- Este OARC/KEAO ha admitido la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación del procedimiento (ver, entre otras, la Resolución 2/2017) cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible la convocatoria de una nueva licitación a la que pueda presentar una oferta, siempre que dicha exclusión no sea firme. 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.

2.-Debe recordarse que dicha doctrina trae causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-355/15, EU:C:2016:988, que en su apartado 34 señala 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. Ahora bien, este Órgano entiende que la argumentación de CUSTAR no queda amparada por dicha doctrina, pues no es un licitador excluido de la licitación, ya que no ha participado en ella al carecer de la condición de centro especial de iniciativa social, ni goza de perspectiva de obtener el contrato por no pertenecer a la tipología de operadores económicos que puedan participar en su licitación y adjudicación.

3.- Este OARC / KEAO entiende, en este sentido, que no consta el beneficio tangible que se derivaría de la estimación de la pretensión, el cual caracteriza el interés legítimo que, a su vez, es requisito necesario para ostentar la legitimación para interponer el recurso especial (ver el artículo 48 de la LCSP). Debe recordarse que no cabe considerar como tal el mero cumplimiento de la legalidad supuestamente infringida a la que alude el recurso (ver la Resolución 39/2018 del OARC / KEAO); tampoco es suficiente ostentar la condición de empresa que desarrolla la actividad contratada. Finalmente, no cabe entender que el interés radica en que el procedimiento se declare desierto para poder presentar su oferta a una hipotética nueva licitación, pues difícilmente puede predicarse ese interés de quien no va a poder presentarse al nuevo procedimiento, pues carece de la condición de aptitud necesaria. El argumentario de la recurrente sobre las posibilidades que se le abrirían para poder participar en la licitación de estimarse su recurso, más que hipotético es especulativo y muy improbable, pues no existe indicio alguno que permita suponer que el contrato, en caso de declararse desierto, fuera a ser licitado sin reserva a los centros especiales de empleo de



iniciativa social y empresas de inserción reguladas o se permitiera la subcontratación a operadores económicos distintos de estos últimos.

4.- Por último, frente a la indicación de la recurrente de que los pliegos que rigen el presente contrato no han ganado firmeza, debe indicarse que a este Órgano no le consta y, la recurrente tampoco lo acredita, que se haya interpuesto el correspondiente Recurso Contencioso-Administrativo, ni que se hayan adoptado medidas cautelares en dicho procedimiento contra la resolución 129/2019 del OARC/KEAO por la que se desestimaba el recurso especial interpuesto por la recurrente contra los pliegos de la presente licitación.

[Resolución 76/2021](#)

Igualmente, este Órgano estima que BIZKORTZEN tiene legitimación activa para la interposición del recurso por las siguientes razones:

- 1) La legitimación activa requiere que de la estimación de la impugnación el recurrente obtenga la satisfacción de un interés tangible distinto de la satisfacción moral o del mero cumplimiento de la legalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).
- 2) En este caso, la pretensión consiste en incluir en el listado de personal subrogable del contrato (artículo 130 de la LCSP) a los trabajadores de la empresa recurrente, que ejecutan la prestación actualmente y tienen derecho a la citada subrogación de acuerdo con el convenio colectivo correspondiente.
- 3) El éxito de la pretensión significaría que, en el caso de que el lote 2 del contrato se adjudicara a otra empresa, la recurrente podría liberarse de la responsabilidad empresarial sobre una parte de su plantilla que ya no tendría funciones asignadas sin que ello le sea económicamente gravoso y sin tener que reorganizar sus recursos humanos, lo que sin duda es un interés tangible real que cualifica su legitimación activa para interponer el presente recurso especial.



- 4) En el mismo sentido de lo argumentado en el apartado 3) anterior, es la propia BIZKORTZEN la que en su recurso alega que, a pesar de no haberse presentado a la licitación, “está legitimada para para presentar el recurso especial debido a que la no inclusión de la lista de subrogación en el lote 2, supone tener que asumir esta empresa la correspondiente liquidación, a pesar de existir un claro derecho de los trabajadores a ser subrogados.”

A la vista de lo anterior, debe señalarse que la legitimación no radica en este caso en el interés propio de un operador económico interesado en la adjudicación del contrato. Dicho operador requeriría que consten en los pliegos la obligación de subrogación y su alcance, tal y como establece el artículo 130 de la LCSP, para que todos los licitadores elaboren y presenten sus proposiciones con conocimiento de los posibles costes laborales (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2019 del OARC / KEAO).

[Resolución 121/2021](#)

En lo que respecta a la legitimación, el poder adjudicador alega que la mercantil recurrente no es una licitadora, ni podrá serlo por dedicarse a actividades distintas a las del objeto del contrato, y que no existe ningún interés legítimo que se vea conculcado con la aprobación del Pliego toda vez que el mantenimiento de jardines y caminos puede realizarse de diversas maneras. Considera que admitir la legitimación de SERCRISA sería admitir la acción pública en la interposición de un recurso especial. No obstante, este OARC / KEAO no comparte estas alegaciones, que considera deben ser desestimadas por los siguientes motivos:

- 1) El presupuesto procesal de la legitimación ha de ser interpretado con flexibilidad y los principios antiformalista y “pro actione” deben inspirar la apreciación del cumplimiento de los requisitos legales exigidos para obtener una respuesta sobre el fondo de la pretensión (ver, sentencia del Tribunal Constitucional 104/1997).
- 2) El artículo 48 de la LCSP, referido a la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, establece una legitimación amplia, debido a que están legitimados para formular el recurso no sólo los operadores económicos interesados en la adjudicación del contrato (ver, en este sentido,



la Resolución 155/2020 y 76/2021 de este OARC / KEAO) sino también “ (...) cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

- 3) Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 126/2020) que el concepto de “interés legítimo” exige 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. Ello significa que gozan de legitimación quienes, de prosperar su recurso, pueden obtener un beneficio tangible (ver, en este sentido la Resolución 92/2016).

Lo expresado en los apartados 1) y 2) anteriores implica que para resolver sobre la legitimación se debe atender a las circunstancias de hecho concurrentes y al interés invocado por la recurrente respecto de la decisión recurrida. En el supuesto que nos ocupa, la pretensión de la recurrente es la anulación de los pliegos del contrato para que se incluya en su objeto el mantenimiento del camino de acceso a las instalaciones en las que efectúa su actividad empresarial, pues considera que una falta de mantenimiento puede suponer una afección a su actividad industrial que le puede comportar daños económicos. Consecuentemente, con independencia de si el recurso prospera o no, lo cierto es que la declaración jurídica pretendida por la recurrente la colocaría en una situación de obtener un beneficio material, consistente en asegurarse una infraestructura de transporte por carretera apta para la actividad económica que desarrolla y esta relación entre el objeto del recurso y el hipotético beneficio, en este caso material, que afecta a la esfera propia de la recurrente, es la que caracteriza la legitimación y la diferencia de la acción pública o del recurso efectuado en mera defensa de la legalidad.

[Resolución 190/2021](#)



Igualmente, este Órgano estima que ORTZADAR, S.L. tiene legitimación activa para la interposición del recurso por las siguientes razones:

- 1) La legitimación activa requiere que de la estimación de la impugnación el recurrente obtenga la satisfacción de un interés tangible distinto de la satisfacción moral o del mero cumplimiento de la legalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).
- 2) En este caso, la pretensión consiste en incluir en el listado de personal subrogable del contrato (artículo 130 de la LCSP) a los trabajadores de la empresa recurrente que han ejecutado la prestación hasta agosto de 2020 y tienen derecho a la citada subrogación de acuerdo con el convenio colectivo correspondiente.

El éxito de la pretensión significaría que, en el caso de que el contrato se adjudicara a otra empresa, la recurrente podría liberarse de la responsabilidad empresarial sobre una parte de su plantilla que ya no tendría funciones asignadas sin que ello le sea económicamente gravoso y sin tener que reorganizar sus recursos humanos, lo que sin duda es un interés tangible real que cualifica su legitimación activa para interponer el presente recurso especial.

[Resolución 5/2022](#)

(...) Dado que la desestimación implica que el recurrente no puede ser adjudicatario del contrato impugnado, no es preciso analizar la alegación sobre la garantía definitiva porque en nada afectaría a sus intereses legítimos la Resolución que al respecto dictara este Órgano.

[Resolución 92/2022](#)

En lo que respecta a la legitimación, este OARC / KEAO considera que el recurrente carece de ella en lo que respecta al motivo impugnatorio principal del recurso, consistente en que el Ayuntamiento no puede contratar las prestaciones objeto del



contrato porque implican el desempeño de funciones públicas cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a los funcionarios públicos, por las siguientes razones:

- 1) El presupuesto procesal de la legitimación ha de ser interpretado con flexibilidad y los principios antiformalista y “*pro actione*” deben inspirar la apreciación del cumplimiento de los requisitos legales exigidos para obtener una respuesta sobre el fondo de la pretensión (ver, por ejemplo, sentencia del Tribunal Constitucional 104/1997).
- 2) El artículo 48 de la LCSP, referido a la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, establece una legitimación amplia, debido a que están legitimados para formular el recurso no sólo los operadores económicos interesados en la adjudicación del contrato (ver, en este sentido, las Resoluciones 155/2020 y 76/2021 de este OARC / KEAO) sino también “ (...) cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”
- 3) Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido, la Resolución 126/2020) que el concepto de “interés legítimo” exige 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. Ello significa que gozan de legitimación quienes, de prosperar su recurso, pueden obtener un beneficio tangible (ver, en este sentido la Resolución 92/2016).
- 4) Lo expresado en los apartados anteriores implica que para resolver sobre la legitimación se debe atender a las circunstancias de hecho concurrentes y al interés invocado por el recurrente respecto de la decisión recurrida. En el supuesto que nos ocupa, la pretensión del recurso consiste en la anulación de los pliegos del contrato por considerar que su objeto implica el desempeño de



funciones públicas cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a los funcionarios públicos. En definitiva, el recurrente impugna la decisión de contratar y alega que las prestaciones a contratar debieran realizarse por personal funcionario del propio poder adjudicador. No obstante, este argumento choca frontalmente con el que aduce para sustentar su legitimación, consistente en un hipotético interés en presentarse a la licitación, que se revela como una alegación incoherente en vista de que lo que pretende es que los servicios objeto del contrato se presten con los medios propios del Ayuntamiento. Consecuentemente, con independencia de si puede estimarse o no la cuestión de fondo planteada, lo cierto es que la declaración jurídica pretendida por el recurrente no le coloca en una situación de obtener ningún tipo de beneficio en su propia esfera, y convierte sus argumentos en una mera defensa de la legalidad insuficiente para sustentar un título legitimador para interponer el recurso especial (ver, en este sentido, la Resolución 67/2015 de este OARC / KEAO).

[Resolución 138/2022](#)

El recurrente impugna el Convenio entre la Administración General de la CAPV y Google Cloud Emea Limited para la utilización de los Servicios Google Workspace for Education en los Centros Docentes del Departamento de Educación, alegando que está legitimado en calidad de padre con menores a su cargo, de profesor, de profesional del sector de las TICs, de miembro de la comunidad de software libre y como firmante del manifiesto Hezkuntza librezale, además de ejercer la acción pública en materia medioambiental.

El poder adjudicador indica que el recurrente carece de legitimación para la interposición del recurso alegando que no ha visto lesionado algún derecho de su esfera jurídica o sufrido algún perjuicio personal constatable, sino que muestra su preocupación por una decisión administrativa que considera errónea e irregular. Añade el Departamento de Educación que el interés personal y de mera defensa de la legalidad que alude el recurrente es insuficiente para ostentar un interés legítimo que presupone que la resolución pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de



modo real y efectivo, es decir, no meramente hipotético, en la esfera jurídica del impugnante.

A juicio de este OARC/KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite por carecer J.I.M.L. de legitimación activa para interponerlo. En primer lugar, las condiciones de padre, profesor y profesional del sector de las TICs del recurrente no suponen por sí solas que exista un interés, directo o indirecto, o un beneficio tangible derivado de la estimación del recurso, lo cual caracteriza la legitimación; de hecho, la conexión con los intereses que alega el recurrente, en el mejor de los casos, sería genérica, remota y meramente especulativa (Resolución 113/2020 del OARC/KEAO).

En lo que respecta a la condición de J.I.M.L. como miembro de la comunidad de software libre, firmante del manifiesto Hezkuntza librezale y defensor del ámbito medioambiental, este OARC/KEAO considera que las tres categorías responden a la acción pública que el legislador no ha previsto como título legitimador para interponer recurso especial en materia de contratación pública (Resolución 326/2022 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales).

En consecuencia, este OARC / KEAO entiende que no consta el beneficio tangible que se derivaría de la estimación de la pretensión, el cual caracteriza la legitimación para interponer el recurso especial (ver, por ejemplo, la Resolución 113/2020 del OARC / KEAO y el artículo 48 de la LCSP). A la vista de lo señalado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.

[Resolución 192/2023](#)

(...) Por lo que se refiere a la legitimación activa, la alegante afirma que AVANZA carece de ella porque no ha presentado oferta a la licitación cuyos pliegos impugna, por lo que solicitan la inadmisión del recurso. Este Órgano entiende que sí concurre dicha legitimación activa por las siguientes razones:

a) La recurrente es un operador económico entre cuya actividad se incluye el objeto del contrato impugnado.



b) El artículo 48 LCSP, titulado “Legitimación”, establece lo siguiente:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

c) La legitimación activa para la interposición del recurso requiere de una conexión entre la pretensión y la satisfacción de derechos o intereses legítimos propios de la esfera jurídica del recurrente si dicha pretensión es estimada. Este derecho o interés no tiene por qué tener necesariamente contenido patrimonial pero sí debe ser distinto de la satisfacción moral o del mero interés en el cumplimiento de la legalidad (ver, por todas, las Resoluciones 23/2019 y 186/2021 del OARC / KEAO).

d) La amplísima descripción de la legitimación expresada en los apartados b) y c) anteriores incluyen también al operador económico cuyo interés radica en conseguir una licitación regida por unos pliegos que le permitan el acceso a la licitación o la presentación de una proposición con mayores posibilidades de obtener la adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 47/2023 del OARC / KEAO).

e) Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que es admisible considerar que carece de legitimación activa para interponer el recurso especial contra los pliegos quien no ha presentado una oferta a la licitación correspondiente (ver, por ejemplo, la STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI: EU:C:2018:958, en especial los apartados 43 a 58). No obstante, dicha jurisprudencia se enmarca en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, sobre el procedimiento de recurso en contratación pública, que señala que “Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido



interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.” Sin embargo, la legitimación descrita en el artículo 48 LCSP es mucho más amplia que el mínimo fijado en la Directiva: no solo no exige expresamente la presentación de una oferta para acreditar la legitimación activa para impugnar los pliegos (ver el artículo 51.1.a) último párrafo de la LCSP), sino que ni siquiera reserva en exclusiva el recurso especial a los operadores económicos; de hecho, reconoce la legitimación de personas jurídicas distintas de ellos, con cita concreta (pero no exhaustiva ni excluyente) de los sindicatos y asociaciones empresariales.

Finalmente, debe señalarse que incluso la propia jurisprudencia del TJUE antes citada entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le impiden dicha presentación (ver, por ejemplo, los apartados 47 y siguientes de la STJUE citada en la letra e) anterior). En este caso, se observa que, al menos, la alegación de la insuficiencia del Presupuesto Base de Licitación (PBL) que se detalla en el apartado e 2) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución satisface este requisito, pues no parece razonable exigir a una empresa que presente una proposición a un contrato que considera falto de rentabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que este Órgano ha considerado como un indicio muy relevante en contra de este tipo de impugnaciones que, en contradicción con el motivo de recurso, el recurrente ya haya presentado su propia oferta (ver, por ejemplo, las Resoluciones 64/2013 y 64/2017 del OARC / KEAO).

[Resolución 192/2024](#)

MERCK alega que el recurso debe ser inadmitido por falta de legitimación activa de PFIZER para interponerlo. A juicio de este Órgano, esta alegación debe aceptarse por las razones que, a continuación, se exponen:

- 1) Según una reiterada doctrina de este Órgano (ver, por todas, la Resolución 186/22), la legitimación activa para la interposición del recurso especial se sustenta en la obtención por el recurrente de un interés tangible, distinto de la satisfacción moral o del cumplimiento de la mera legalidad, en el caso de que se estime su pretensión. La pretensión de la recurrente es, literalmente, la siguiente:



“SOLICITO, que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por interpuesto Recurso Especial en Materia de Contratación contra los Pliegos del contrato para la “adquisición de vacuna conjugada anitineumocócica 15 valente (VNC15) para la vacunación de la población infantil, con destino al programa de vacunación de la CAE” (Expte. C03/005/2024) y, en su virtud, proceda a estimar el mismo acordando anular y dejar sin efecto la citada licitación.”

- 2) PFIZER defiende su legitimación activa afirmando que, como pide el artículo 48 LCSP, sus derechos o intereses legítimos pueden verse afectados por la Resolución que dicte este Órgano para resolver sobre la impugnación. Alega que es titular de la vacuna Prevenar20, que satisface mejor que la de MERCK, elegida en el procedimiento negociado por exclusividad que se impugna, y que se le priva de poder ofrecer su producto durante un largo periodo de tiempo, los dos años que dura el contrato, que considera un plazo excesivo.
- 3) Por otro lado, PFIZER admite expresamente que a su producto, autorizado para su comercialización desde el 13/3/2024, le falta la resolución de precio y financiación, con la indicación para la población pediátrica, requisito sin el cual no puede ser adquirido por el poder adjudicador. El recurso afirma que se prevé que la indicación pediátrica de Prevenar20 se ponga en el mercado entre septiembre y octubre de 2024.
- 4) A la vista de los apartados 1) a 3), anteriores se observa lo siguiente:
 - La estimación de la pretensión no satisfaría en nada al recurrente, puesto que, en el mejor de los casos, daría lugar a un nuevo procedimiento de adjudicación al que, a día de hoy, no podría presentar una oferta, como tampoco puede presentarla en el impugnado, y no porque sea un procedimiento negociado con exclusividad, sino porque no puede vender su producto. Esta consideración es, por sí sola, suficiente para descartar la legitimación de PFIZER.
 - Por otro lado, para que la pretensión fuera coherente con la argumentación del recurso debiera haberse añadido la petición de que este Órgano



prohibiera al poder adjudicador la tramitación de un nuevo procedimiento hasta que PFIZER esté en disposición legal y técnica de ofrecer su vacuna u otra pretensión análoga. Sin embargo, tal petición se fundaría, en el mejor de los casos, en un interés hipotético y tampoco sería suficiente para legitimar al recurrente, pues se basa en un factor incierto, como es la obtención de una autorización administrativa (ver, por todas, la Resolución 5/2019 del OARC / KEAO). Debe tenerse en cuenta que aceptar la citada legitimación en este caso supondría entender que cualquier operador económico puede impugnar un contrato al que no puede concurrir requiriendo al poder adjudicador para que espere hasta que esté en disposición de presentar una oferta, lo que es manifiestamente absurdo.

- Consecuentemente, el recurso debe inadmitirse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) LCSP.

1.1.6. De quien no puede acceder a la licitación o a la ejecución

[Resolución 83/2019](#)

Consta en el expediente la representación de don E.F.R., que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, GE afirma que, dado que el contrato solo puede ejecutarse por una única empresa (lo que precisamente justifica el procedimiento negociado sin publicidad), ALTHEA carece de ella, ya que no tiene la posibilidad de ser adjudicataria. Esta alegación debe rechazarse. La legitimación para la interposición del recurso especial se caracteriza porque su hipotética estimación satisfaría un interés tangible del recurrente, distinto del mero cumplimiento de la legalidad (ver, por todas, la Resolución 40/2019 del OARC / KEAO); en este caso, la estimación de la impugnación supondría la cancelación de un procedimiento de adjudicación en el que no puede presentar una oferta y, muy probablemente, la tramitación de otro abierto a su concurrencia. Por ello, se considera que concurre el requisito de la legitimación activa para la interposición del recurso (...).



[Resolución 129/2019](#)

El contrato está reservado para Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, según establecen las cláusulas específicas 1, 11.1.2 y 20.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), y el propio recurrente reconoce que no tiene esta condición. Consecuentemente, su legitimación para impugnar los pliegos no puede basarse en su interés para obtener el contrato. No obstante, entre las cláusulas impugnadas figura la que establece la reserva que le impide, en opinión de CUSTAR ilícitamente, acceder al contrato. La legitimación para la interposición del recurso especial se caracteriza porque su hipotética estimación satisfaría un interés tangible del recurrente, distinto del mero cumplimiento de la legalidad; en este caso, la estimación de este motivo de impugnación supondría la cancelación de un procedimiento de adjudicación en el que no puede presentar una oferta y, muy probablemente, la tramitación de otro abierto a su concurrencia (ver la Resolución 83/2019 del OARC / KEAO). Por ello, se considera que concurre el requisito de la legitimación activa para impugnar la reserva. (...) Por lo que se refiere al recurso contra la prohibición de subcontratación, este Órgano estima que, de aceptarse la petición, el recurrente obtendría la satisfacción de un interés cierto y tangible, real y no meramente hipotético, distinto del cumplimiento de la mera legalidad, como es la posibilidad de acceder a la ejecución de la prestación contractual como subcontratista, posibilidad de la que la actual redacción le priva (ver, por ejemplo, la Resolución 20/2015 del OARC / KEAO). Por ello, CUSTAR tiene legitimación activa para ejercer la citada pretensión.

[Resolución 212/2024](#)

(...) Por lo que se refiere a la legitimación activa, la alegante afirma que ICU carece de ella porque no ha presentado oferta a la licitación cuyos pliegos impugna, por lo que solicitan la inadmisión del recurso. A juicio de este Órgano, dicha alegación no puede aceptarse porque

- (i) La prestación contractual está vinculada con el objeto social de la empresa. Debe tenerse en cuenta, además, que la citada vinculación ha de entenderse en sentido amplio para no limitar indebidamente la competencia y el acceso al



contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 27/2012 y 36/2020 del OARC / KEAO).

- (ii) La pretensión del recurso, en síntesis y sin perjuicio de lo que se detallará más adelante, incluye la anulación o modificación de varias cláusulas cuya supresión posibilitaría o facilitaría el acceso al contrato, el cual está ahora impedido o dificultado por el contenido de las citadas estipulaciones.
- (iii) La legitimación activa para la interposición del recurso requiere de una conexión entre la pretensión y la satisfacción por el recurrente de derechos o intereses legítimos propios de su esfera jurídica si dicha pretensión es estimada. Este derecho o interés no tiene por qué tener necesariamente contenido patrimonial pero sí debe ser distinto de la satisfacción moral o del mero interés en el cumplimiento de la legalidad (ver, por todas las Resoluciones 23/2019 y 186/2021 del OARC / KEAO). En este sentido, no cabe duda que la amplísima descripción de la legitimación incluye también al operador económico cuyo interés radica en conseguir una licitación regida por unos pliegos que le permitan o le hagan menos gravosa la presentación de una proposición, por lo que debe aceptarse la legitimación de ICU.

1.1.7. De los Comités de Empresa

[Resolución 32/2022](#)

(...) debe reconocerse la legitimación activa del Comité por las siguientes razones:

- 1) El artículo 65.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) reconoce a los comités de empresa la capacidad para “ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros”. Por otro lado, el artículo 48 de la LCSP establece que “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.



- 2) De la lectura de ambos preceptos se concluye que la legitimación del Comité debe verificarse a partir de la existencia de un interés o ventaja relacionado con sus competencias, el cual quedaría satisfecho de estimarse la pretensión del recurso (ver, por todas, las Resoluciones 34/2012 y 18/2015 del OARC / KEAO). En este caso, dicha pretensión consiste, en síntesis, en la anulación de los pliegos y su sustitución por otros que incluyan un cálculo del presupuesto base de licitación (PBL) ajustado a los costes laborales derivados de los convenios colectivos.
- 3) El recurso no explicita la relación entre la pretensión solicitada y el ámbito de las competencias e intereses legítimos del Comité. No obstante, parece deducirse que se trataría de garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos mediante la consignación de un PBL suficiente para que el contratista pueda afrontar las obligaciones salariales que de ellos se derivan, e incluso el mismo derecho a la negociación colectiva de futuros convenios. Ambos intereses tienen un claro encaje en las funciones atribuidas a los comités de empresa (ver, por ejemplo, el artículo 64.7 a) 1º del ET y, por analogía, el segundo párrafo del artículo 48 de la LCSP).

1.1.8 De concejales

[Resolución 146/2023](#)

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.» Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.A.G. y que los concejales A.U.P. y G.E.A. han votado en contra del acuerdo impugnado, por lo que gozan de legitimación para la interposición del recurso.



1.1.9 De las organizaciones empresariales

[Resolución 040/2023](#)

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente (...). La citada legitimación se deduce de la amplia literalidad del primer inciso del artículo 48 de la LCSP, que establece que podrá interponer el recurso especial cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones impugnadas. A juicio de este Órgano, la mención, en el segundo inciso del citado precepto, de que “En todo caso” estará legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados no es sino una especificación de la regla general amplia de legitimación, sin que pueda entenderse que la LCSP se remite al Estatuto de los Trabajadores ni que dicha legitimación se concede tan solo a las organizaciones “más representativas” descritas en la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores de esta norma, como alega el informe del poder adjudicador.

1.2. Plazo, forma y lugar de interposición.

1.2.1. Plazo de presentación del recurso

[Resolución 78/2018](#)

Por lo que se refiere al plazo de interposición, el poder adjudicador alega que el recurso es extemporáneo. Según expone en su informe de contestación, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que, cuando se interponga contra actos de trámite, el plazo de interposición del recurso es de quince días hábiles, cuyo cómputo se inicia a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción; dado que la recurrente conoció el acuerdo de exclusión el mismo día 25 de abril (fecha del acto de apertura de los sobres que contienen la documentación relativa a los criterios sujetos a apreciación mediante fórmula, al que acudió el representante de la UTE), pudo acceder a la ponderación asignada a los criterios dependientes de



un juicio de valor, que se dio a conocer en dicha sesión y que suponía su exclusión del procedimiento. Consecuentemente, el recurso debiera inadmitirse, dado que el plazo para su interposición finalizó el día 18 de mayo. A todo ello añade que no hay obligación legal de notificar el acto de exclusión.

A juicio de este Órgano, esta alegación no es aceptable y el recurso debe considerarse interpuesto en plazo. El desarrollo reglamentario del procedimiento de recurso especial efectuado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que en lo referente al plazo de interposición del recurso en lo que respecta a los actos de trámite ha de entenderse en vigor por ser el contenido del art. 50.1.c) de la LCSP exactamente el mismo que el del art. 44.2b) del TRLCSP, que en su artículo 19.3 dispone que cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión. En el supuesto que nos ocupa, al tratarse de una comunicación verbal, no constan los requisitos exigidos a las notificaciones por el artículo 40 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, la cual no puede ser sustituida por la publicación del acuerdo con su motivación en el perfil del contratante (ver, en este sentido, la Resolución 129/2017). Llegados a este punto únicamente cabe acudir a la constante y reiterada doctrina de este OARC/KEAO (ver, en este sentido las Resoluciones 97/2012, 76/2014, 121/2014, 30/2015, 126/2016) que establece que en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental errónea (como el caso de no señalamiento de los recursos procedentes) o que carezcan de motivación, tales defectos 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.

[Resolución 87/2018](#)

Según consta en el expediente, el recurso se presentó en la oficina de Correos el día 25 de mayo, tal y como acredita el correspondiente sello de entrada, que lo remitió a este Órgano el día 29 de mayo; simultáneamente, el recurrente envió al OARC / KEAO el mismo documento por correo electrónico el citado día 29, si bien se trataba de una copia sin sello de entrada, que fue la que a su vez se remitió al poder adjudicador. Por



esta razón, Osakidetza afirma que no le consta otra fecha de entrada que el 29 de mayo, que es la que figura en la aplicación del OARC / KEAO; no obstante, es claro que el recurso se ha presentado en uno de los lugares autorizados, según los artículos 51.3 de la LCSP y 16.4 b) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Consecuentemente, debe descartarse la alegación de extemporaneidad formulada por el poder adjudicador.

[Resolución 96/2018](#)

Debe rechazarse la alegación del poder adjudicador, que estima que la impugnación es extemporánea porque, según el artículo 44.2 del TRLCSP, el plazo de quince días hábiles para la interposición se computa a partir del día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto recurrido. En primer lugar, como ya se ha expresado en el primer Fundamento de Derecho, el TRLCSP no es aplicable al procedimiento de recurso y, en segundo lugar y lo que es más decisivo, la argumentación del Ayuntamiento no es coherente con el texto de la notificación enviada a ROS ROCA, que establece lo siguiente:

Contra este acuerdo, que agota la vía administrativa, cabe interponer por vía electrónica el recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 44 de la ley 9/2017, de 8 de marzo, de contratos del sector público y de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera, 4, segundo inciso de tal texto legal, ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC) de Euskadi en el plazo de quince (15) días hábiles a contar, según lo establecido en el art. 50.1 d) del referido texto legal, del día siguiente a aquel en que se haya notificado este acuerdo.

Según consta en el expediente, la resolución recurrida se notificó por Correos el día 10 de mayo de 2018, y el recurso se interpuso el día 31 de mayo, es decir, el último día del plazo señalado en la notificación remitida por el poder adjudicador. Dado que el interesado ha cumplido el plazo fijado por el poder adjudicador, no cabe que éste alegue la extemporaneidad del recurso utilizando un sistema de cómputo diferente del que ha indicado en la notificación, pues sería tanto como permitirle beneficiarse de inducir al administrado a actuar de un modo que posteriormente el propio Ayuntamiento considera inaceptable (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional 214/2002 y 154/2004). Consecuentemente, y sin que sea necesario



entrar en más análisis de la legalidad de la notificación, este OARC / KEAO entiende que el recurso debe admitirse a trámite.

[Resolución 107/2018](#)

Debe examinarse si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal dado que, además de ser una cuestión de orden público procesal que puede ser analizada por el OARC/KEAO para determinar la admisibilidad o no del mismo, el poder adjudicador alega su extemporaneidad. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 de la LCSP dispone que

1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

a) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Por su parte, la Disposición Adicional Decimoquinta establece que

1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

En el presente supuesto, la notificación de la resolución se produjo el 26 de abril mediante correo electrónico con acuse de recibo, es decir, sin utilizar ninguna de las dos vías específicas establecidas por la DA 15ª, por lo que el plazo debe comenzar a computarse desde el día siguiente al de la recepción de la notificación, esto es, desde el 27 de abril.

A este respecto, el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas relativo al cómputo de los plazos, dispone que Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que



residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso. Consultados los calendarios laborales del municipio y Comunidad Autónoma, tanto del interesado (Madrid) como la del órgano administrativo (Vitoria-Gasteiz), se observa que, además de los sábados y domingos, han de ser considerados como inhábiles los días 1, 2 y 15 de mayo a los efectos del cómputo del plazo. En consecuencia, podemos concluir que el plazo de los 15 días hábiles para la presentación del presente recurso finalizaba el 22 de mayo, por lo que su entrada en el registro del poder adjudicador el 21 del mismo mes es temporánea y, por tanto, el recurso debe admitirse.

[Resolución 152/2018](#)

El análisis de las cuestiones planteadas debe partir del hecho de que los pliegos rectores de un contrato anterior, que regulaban la prestación del servicio que ahora se recurre, esto es, los servicios de mantenimiento de los equipos de electromedicina de los centros de Osakidetza ubicados en el Área de Salud de Gipuzkoa, fueron anteriormente objeto de un recurso interpuesto por MANTELEC (recurso especial EB 2018/15), que fue resuelto por este OARC/KEAO mediante la Resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018,

a) Sobre la cosa juzgada administrativa y la preclusividad del plazo de presentación del recurso

El apartado dispositivo primero de la Resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018, de este OARC/KEAO establecía lo siguiente:

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A. contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza, anulando los siguientes apartados de los pliegos y cancelando la licitación:

- la cláusula 30.2 de la carátula del PCAP y apartado 18.2 del PPT en cuanto al criterio de adjudicación relativo al precio.



- la cláusula 29.1 de la carátula del PCAP en cuanto impide la presentación del DEUC como documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos previos de acceso.
- el último inciso del último párrafo del apartado 5.12 del PPT, desde “Una vez confirmado...” hasta “...mantenimiento objeto del contrato”.
- la cláusula 8 del PPT.

Si tal y como manifiesta OSAKIDETZA los pliegos y anuncio que ahora se impugnan son los aprobados y publicados en ejecución de la Resolución 40/2018, de 22 de marzo de 2018 del OARC / KEAO, estaríamos ante la ejecución de una Resolución firme de este Órgano, por lo que si el pliego dictado y aprobado en ejecución de la citada resolución se ajusta a lo dispuesto en ella el recurso deberá ser inadmitido por encontrarnos ante la llamada “cosa juzgada administrativa”. Téngase en cuenta que lo contrario sería tanto como dejar sin efecto una resolución firme de este OARC/KEAO. Únicamente podrán debatirse en la fase actual del procedimiento de adjudicación del contrato las cláusulas nuevas y diferentes a las que figuraban en los pliegos primeramente recurridos y aquellas otras de las que, aun permaneciendo iguales, se discuta su adecuación al nuevo marco jurídico sobrevenido (téngase en cuenta que el pliego analizado en la Resolución 40/2018 debía ajustarse al derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante, TRLCSP, y no a la LCSP).

Esta misma cuestión ha sido planteada en recursos anteriores, en concreto en uno en el que las partes eran las mismas (ver, en este sentido, la Resolución 26/2015), manifestando este OARC/KEAO a este respecto lo siguiente:

El recurso especial persigue un efecto útil, que consiste en la posibilidad de que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros). No obstante, este principio ha de conjugarse con el de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, en este sentido, 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, en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica (STJUE asunto C-470/1999, párr. 75).



La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita.

Consecuentemente, aquellas cláusulas que pudiendo ser impugnadas en su momento no lo fueron, no podrán ser objeto de recurso con ocasión de la publicación de los pliegos adecuados a la Resolución del OARC/KEAO por haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso especial y no procederá entrar a valorar la impugnación de aquellas otras que han sido declaradas conforme a derecho en la Resolución 40/2018, por pretender dejarla sin efecto e intentar introducir de nuevo cuestiones que han sido resueltas, debiendo acudir a los medios de impugnación señalados en la propia resolución, formulando el oportuno recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

[Resolución 157/2018](#)

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. Consta en el expediente que a la recurrente se le notificó la resolución de exclusión impugnada el día 23 de agosto únicamente en euskara y que, posteriormente, el 7 de septiembre, AUTOCARES ALDALUR solicitó el envío de la citada resolución traducida al castellano, hecho que se produjo el día 14. A partir de este relato fáctico, a juicio de este Órgano, no procede aceptar la alegación de extemporaneidad realizada por el poder adjudicador, sobre la base de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera dispone literalmente:

Artículo 8.

(...)

2. Todo acto en el que intervengan los poderes públicos sitos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como las notificaciones y comunicaciones administrativas, deberán ir redactados en forma bilingüe, salvo que los interesados privados elijan expresamente la utilización de una de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma.



En el expediente remitido no consta que AUTOCARES ALDALUR haya elegido expresamente la utilización de una de las dos lenguas oficiales, por lo que la obligación del poder adjudicado era la de notificar en ambas. No habiéndolo hecho así, el primer día de plazo para interponer el presente recurso especial será el siguiente al que haya procedido a subsanar dicho defecto en la notificación. Consecuentemente, tomando dicha fecha como inicio del cómputo de presentación del recurso especial, se ha de concluir que nos hallamos ante un recurso presentado en plazo.

[Resolución 166/2018](#)

ÚNICO: El poder adjudicador plantea que el recurso debe inadmitirse por estar presentado fuera de plazo. A juicio de este Órgano, esta alegación debe aceptarse.

El artículo 50.1 d) de la LCSP señala textualmente que:

1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

El apartado 1 de la disposición adicional decimoquinta establece lo siguiente:

1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

Consta en el expediente que la fecha de envío del aviso de notificación fue el 7 de septiembre, y que la publicación en el perfil del contratante se produjo el 12 de septiembre, por lo que el cómputo del plazo debe iniciarse desde la recepción de la



notificación, que se produjo el 10 de septiembre y que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Consecuentemente, el plazo finalizaba el día 1 de octubre y la interposición el 2 de octubre es extemporánea, lo que supone la inadmisión del recurso, según lo dispuesto en el artículo 55 d) de la LCSP.

[Resolución 25/2019](#)

En el expediente remitido y en la documentación obrante en la plataforma de contratación consta que (i) el día 13 de diciembre de 2018 se publicó el anuncio de licitación junto con los pliegos recurridos, tanto en el Diario Oficial de la Unión Europea, como en el perfil del contratante del poder adjudicador alojado en la Plataforma de Contratación en Euskadi, (ii) el recurso interpuesto por la recurrente tuvo entrada en el registro electrónico del OARC/KEAO el 8 de enero de 2019, (iii) el registro electrónico del OARC/KEAO se encuentra residenciado en la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la cual se rige a efectos de cómputo de plazos, por la fecha y hora oficial que en ella figuran publicados de conformidad con lo previsto en el artículo 30.7 de la LPAC1, (iv) en dicho calendario no consta el día 7 de enero de 2019 como inhábil a los efectos del cómputo de plazos en la sede electrónica Comunidad Autónoma del País Vasco.

Consecuentemente, desde el día 13 de diciembre de 2018 era posible descargarse desde el perfil de contratante la información relevante del contrato como, por ejemplo, el Pliego de Cláusulas Particulares, el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como el Documento Europeo Único de Contratación, por lo que el recurrente pudo desde esa fecha impugnar el contenido de los pliegos que considerase oportuno. Por otro lado, si bien es cierto que con posterioridad a dicha fecha se ha publicado información adicional en la propia plataforma, así como una corrección de errores, en ningún caso han afectado al clausulado objeto del recurso. Por todo ello, este Órgano entiende que el primer día del cómputo del plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso al que se refiere el artículo 50.1 b) de la LCSP es el 14 de diciembre, que es el siguiente al de la publicación en el perfil del anuncio del contrato, siendo el día final de presentación el 7 de enero de 2018 por ser inhábiles, además de los sábados y domingos (art. 30.2 LPAC), los días 25 de diciembre de 2018 y 1 de enero de 2019



(según el calendario de la sede electrónica de la CAE); consecuentemente, la presentación del recurso el día 8 de enero es extemporánea y supone su inadmisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.d) de la LCSP.

A efectos de este cómputo, no puede ser considerado como día inhábil el día 7 de enero de 2019, día festivo en la Comunidad de Madrid que es el lugar del domicilio social de la recurrente, porque la regla específica del artículo 31.3 de la LPAC excluye de su aplicación la regla general del artículo 30.6 de la LPAC alegada por la recurrente.

[Resolución 33/2019](#)

El poder adjudicador considera extemporáneo el recurso presentado por IBERDROLA dado que, a su parecer, el plazo para la interposición del recurso debe comenzar desde el día siguiente a la publicación de los pliegos en el perfil del contratante (en este caso, el 20 de noviembre) y no desde el siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 23 de noviembre, como pretende la recurrente. Esta alegación del poder adjudicador no puede aceptarse. Debe tenerse en cuenta que, en el procedimiento de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (como el impugnado) es requisito previo ineludible la publicación del anuncio de la licitación en el DOUE bajo pena de nulidad de pleno derecho (artículo 39.2 c) de la LCSP), y tanto la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 52.1, como la LCSP en su artículo 135.3, señalan que dicha publicación debe preceder a la publicidad nacional, incluida la del perfil del contratante. La finalidad de esta obligación es garantizar que todos los operadores económicos que pueden estar interesados en presentar una oferta o, en su caso, en impugnar las bases de la licitación, disfruten para ello de los mismos plazos, sin que quepa discriminación al respecto por razón geográfica o de nacionalidad. En este sentido, no se comparte la alegación del poder adjudicador, que entiende el artículo 135.3 de la LCSP en el sentido de que alude exclusivamente a los contratos de concesión de servicios del anexo IV; por el contrario, de la literalidad del precepto, del contenido de la Disposición Adicional 36ª y de la necesidad de ajustar la interpretación de la norma nacional al Derecho de la Unión Europea que ésta incorpora (el citado artículo 52.1 de la Directiva 2014/24) se deduce que se refiere, tanto a todos los anuncios de licitación, como a los anuncios



de información previa a que se refiere la mencionada Disposición (los cuales sí se refieren exclusivamente a los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV). En consecuencia, en los supuestos de publicidad preceptiva en el DOUE, el cómputo del plazo de quince días hábiles al que se refiere el artículo 50.1 b) de la LCSP no puede iniciarse antes de que se haya producido dicha publicación o, en su caso, se haya dado el supuesto de que el órgano de contratación no haya recibido en 48 horas la confirmación del envío del anuncio, lo que no consta en este caso ni se alega por el poder adjudicador. En conclusión, habiéndose publicado el anuncio de licitación en el DOUE el 23 de noviembre, el plazo de los 15 días hábiles comienza el día siguiente hábil, el 26 de noviembre, por lo que la presentación en el registro de este Órgano el 17 de diciembre es temporánea y el recurso debe admitirse a trámite.

[Resolución 43/2019](#)

No cabe aceptar la alegación de METRO BILBAO, que entiende que el recurso es extemporáneo porque se refiere a la indebida admisión de la proposición de CARYOSA (luego adjudicatario impugnado), supuesta irregularidad que ya fue conocida el 27 o 28 de noviembre y que no se impugnó en plazo. Como ya ha señalado este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, su Resolución 137/2017), la jurisprudencia del TJUE que inspira el artículo 44.2 b) de la LCSP (sentencia de 5 de abril de 2017, “Marina del Mediterráneo”, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), que considera acto impugnabile la admisión de las ofertas de los licitadores, se basa en garantizar el efecto útil de los derechos que la Directiva 89/665, que regula los recursos en materia de contratación pública, concede a 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 las proposiciones de todos los demás licitadores bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no podría presentar un recurso contra una de dichas ofertas si luego resulta ser la del adjudicatario, pues ello sería una interpretación desmesurada y contraria a la Directiva de recursos. Por otro lado, el argumento de METRO BILBAO es contradictorio con el hecho de que no conste en el expediente que la admisión se notificara de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40



de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, incluyendo el ofrecimiento de la vía de recurso correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 78/2018 del OARC / KEAO).

[Resolución 50/2019](#)

ÚNICO: El poder adjudicador alega que el recurso debe ser inadmitido por presentarse fuera del plazo establecido al efecto.

A este respecto, el artículo 50.1.b) de la LCSP señala textualmente que:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.

Consta en el expediente remitido que en fecha 29 de enero de 2021 se publicó en el perfil del contratante del poder adjudicador (alojado en la Plataforma de contratación de la Comunidad Autónoma de Euskadi, tal y como lo exige el artículo 347 de la LCSP), el Pliego de cláusulas administrativas particulares y el Pliego de prescripciones técnicas. Asimismo, el anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 3 de febrero.

El recurso se presentó en el registro de este OARC/KEAO en fecha 3 de marzo de 2021, transcurrido el plazo de 15 días hábiles para interponer recurso establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, por lo que su presentación en dicha fecha es extemporánea. En consecuencia, el recurso debe inadmitirse de conformidad con lo establecido en el artículo 55 d) de la LCSP.



[Resolución 54/2019](#)

Tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada alegan la extemporaneidad del recurso. A juicio de este Órgano, la alegación no puede aceptarse. Según consta en el expediente, la notificación se realizó por correo ordinario, mediante entrega por un operador postal. Según el artículo 50.1 d) de la LCSP, Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. Por su parte, el apartado 1 de la citada disposición adicional establece que Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica, **añadiéndose que** Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado. A la vista de todo ello, la notificación no se ha efectuado de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto, por lo que en ningún caso puede producir el efecto de marcar el inicio del cómputo del plazo para recurrir. En este sentido, es irrelevante que el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establezca que la notificación de la adjudicación (...) se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario (...), dado que los pliegos no pueden disponer válidamente sobre cuestiones procedimentales como el sistema de cómputo de los plazos de impugnación. Consecuentemente, el recurso debe considerarse interpuesto en plazo cualquiera que sea el momento en el que se interponga.

[Resolución 64/2019](#)

El recurso debe considerarse interpuesto en el plazo legal. Aunque la remisión de la notificación del acto impugnado se produjo el día 3 de enero de 2019 y el escrito de recurso se entregó en el registro de este Órgano resolutorio el 1 de febrero, superado largamente el plazo previsto en el artículo 50.1 d) de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15ª de la LCSP, nos encontramos ante una notificación defectuosa. En concreto, no se expresa (i) la indicación de si el recurso es o no definitivo en vía administrativa, (ii) la expresión de los recursos 3/10 que procedan (omite la posibilidad



alternativa de plantear directamente el recurso contencioso administrativo), y (iii) no consta el Órgano ante el que hubiera de presentarse el recurso (artículo 46 de la LCSP), lo que incumple el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Según una reiterada doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016 y 94/2016, así como la doctrina 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.

[Resolución 113/2019](#)

FCC alega que el recurso es extemporáneo porque se ha computado incorrectamente como día inhábil el 29 de abril, fecha en la que este año se celebraba en Álava la festividad de San Prudencio, dado que los calendarios determinantes para el cómputo del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP son únicamente los aplicables al domicilio de las recurrentes (Ortuella y Donostia) o a la sede del órgano de contratación (Donostia). Esta alegación no es 3/ 11 aceptable; el recurso se ha presentado en el registro electrónico del OARC / KEAO por lo que, de conformidad con el artículo 31.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el calendario de días inhábiles que se aplicará a efectos del cómputo de plazos debe ser el publicado en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, donde se ubica dicho registro electrónico, en el que el día 29 de abril figura como inhábil.

[Resolución 50/2021](#)

El poder adjudicador alega que el recurso debe ser inadmitido por presentarse fuera del plazo establecido al efecto.

A este respecto, el artículo 50.1.b) de la LCSP señala textualmente que:



“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.

Consta en el expediente remitido que en fecha 29 de enero de 2021 se publicó en el perfil del contratante del poder adjudicador (alojado en la Plataforma de contratación de la Comunidad Autónoma de Euskadi, tal y como lo exige el artículo 347 de la LCSP), el Pliego de cláusulas administrativas particulares y el Pliego de prescripciones técnicas. Asimismo, el anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 3 de febrero.

El recurso se presentó en el registro de este OARC/KEAO en fecha 3 de marzo de 2021, transcurrido el plazo de 15 días hábiles para interponer recurso establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, por lo que su presentación en dicha fecha es extemporánea. En consecuencia, el recurso debe inadmitirse de conformidad con lo establecido en el artículo 55 d) de la LCSP.

[Resolución 60/2021](#)

El poder adjudicador y la adjudicataria impugnada alegan la extemporaneidad del recurso. Esta alegación no puede ser aceptada. Aunque la notificación del acto impugnado se realizó el 9 de enero 2021, momento en que la notificación se da por practicada debido a su rechazo por el transcurso del plazo de diez días naturales sin acceder a la misma, y el escrito de recurso especial se presentó en el registro de este Órgano resolutorio el 9 de febrero de 2021, superado largamente el plazo previsto en el artículo 50.1 d), de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15ª de la LCSP, nos encontramos ante una notificación defectuosa. En concreto, el acuerdo de adjudicación objeto de impugnación indica erróneamente que podrá interponerse recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes.



En el acuerdo de adjudicación no consta de forma correcta el recurso procedente ni el Órgano ante el que ha de presentarse dicho recurso (artículo 46 de la LCSP) -si bien indica dónde puede presentar el de reposición- lo que incumple el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Según ha establecido reiteradamente este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 94/2016 y 162/2020, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, entre otras, 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.

Por tanto, de conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

[Resolución 91/2021](#)

PRISMAGLOBAL estima que la pretensión de la recurrente es extemporánea, ya que, siendo la falta de solvencia técnica un requisito de capacidad, el acto impugnado debió ser el de la admisión de las ofertas y no el de la adjudicación. Este Órgano tiene declarado (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2020 de este OARC / KEAO) que, a pesar de que la admisión de las ofertas o de los licitadores es una decisión susceptible de ser impugnada de forma previa y autónoma a la adjudicación del contrato, incluso aunque no se plasme en un acto formal, también cabe impugnar dicha admisión con ocasión del acuerdo de adjudicación. Debe señalarse que la consideración de la admisión como acto recurrible, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, no puede convertirse en una carga que supondría tener que impugnar preventivamente la aceptación de las proposiciones de otros licitadores bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no se podría presentar un recurso contra la citada aceptación a propósito del acto de adjudicación, pues ello perjudicaría el efecto útil del recurso especial (ver, por ejemplo, las Resoluciones 2 y 137/2017 y 90/2020 del OARC / KEAO). Téngase en cuenta, además, que el procedimiento de contratación



no pide un acto expreso de admisión de las proposiciones cuya falta de impugnación en plazo produzca un efecto preclusivo que impediría la admisión de un recurso como el que ahora se analiza. Por todas estas razones la admisión indebida de las ofertas puede ser impugnada a propósito de la decisión que pone fin al procedimiento de adjudicación.

[Resolución 110/2021](#)

En lo que se refiere al cómputo del plazo para recurrir el acuerdo del pleno municipal por quienes ostentan el cargo de concejales de la corporación municipal, la STS de 14 de abril de 1989, entre otras, estableció que “el plazo para recurrir, cuando son los Concejales los que impugnan un acuerdo, hay que computar desde la fecha de la sesión en la que se adoptó sin que por tanto sea necesaria la notificación de aquél y sin que para ello pueda constituir un obstáculo la inexistencia del ofrecimiento de recursos pues éste sólo es necesario para los interesados -art. 79,1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504); que por otra parte es presumible un conocimiento de las reglas que afectan al ejercicio de sus cargos”. Por tanto, el plazo para que los ediles interpongan recurso contra los acuerdos adoptados en el pleno municipal debe computarse desde el día siguiente a aquel en el que se celebró la sesión en la que se aprobaron los acuerdos objeto de impugnación. En un sentido similar, la STS de 3 de abril de 2003 señaló que “Existe, en efecto, jurisprudencia de esta Sala (entre otras, sentencias de esta Sección de 18 de marzo de 1992 y de su Sección Tercera de 30 de septiembre de 1988) que, aún sin recurrir al precepto reglamentario citado, aclaran que cualquier duda sobre el día inicial del cómputo del plazo para recurrir se debe resolver necesariamente en favor de considerar como tal la fecha misma de la sesión de la Corporación municipal, porque en ella se tiene cabal conocimiento del acto del que se disiente y contra el que se vota, siendo improcedente una notificación personal ulterior, como la que defiende aquí la parte recurrente, de un acto que el Concejál conocía ya perfectamente”.

En el presente caso, consta en el expediente remitido que en fecha 27 y 28 de mayo de 2021 tuvo lugar la sesión ordinaria celebrada por el pleno del Ayuntamiento de Sopela en la que se acordó, entre otros, aprobar el expediente de contratación sobre el que recae el presente recurso especial.

El recurso se presentó ante el órgano de contratación en fecha 21 de junio de 2021, transcurrido el plazo de 15 días hábiles para interponer recurso establecido en el



artículo 50.1.c) de la LCSP, por lo que su presentación en dicha fecha es extemporánea. En consecuencia, el recurso debe inadmitirse de conformidad con lo establecido en el artículo 55 d) de la LCSP.

[Resolución 104/2022](#)

Aunque la notificación del acto impugnado se realizó el 9 de marzo de 2022, el escrito de recurso especial se presentó mediante correo electrónico en el órgano de contratación en fecha 29 de marzo y tuvo entrada en el registro electrónico de este OARC/KEAO el 4 de abril de 2022. Se ha de indicar que en el pie de recurso del acto recurrido se indica que el recurso podrá presentarse en formato electrónico, entre otros, en la dirección de correo electrónico ContratacionEJIE@ejie.eus, tal y como lo ha hecho la recurrente.

Según ha establecido reiteradamente este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 94/2016 y 162/2020, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, entre otras, 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.

Por tanto, en el supuesto que nos ocupa, debe tenerse como fecha de presentación del recurso el día en el que se remitió por correo electrónico a EJIE, esto es, el 29 de marzo, por lo que de conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

[Resolución 155/2022](#)

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente:



- 1) El antecedente del contrato ahora impugnado es el tramitado mediante el expediente C02/002/2021; ambos son coincidentes en su objeto. Contra los pliegos de este último se interpuso por ANETRA el recurso EB 2021/141, al que corresponde la Resolución 132/2021 del OARC / KEAO. En la citada Resolución se declaraba concluso el procedimiento de recurso, habida cuenta de que el órgano de contratación había acordado el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato. No obstante, se advertía de que “en el caso de que el poder adjudicador opte por un nuevo procedimiento de adjudicación cuyos pliegos reprodujeran el contenido ahora impugnado, ANETRA podría reiterar su pretensión sin que el poder adjudicador pudiera oponer válidamente la excepción de acto firme por no haberse entrado a resolver las cuestiones de fondo objeto de impugnación.” Debe señalarse que esta advertencia no permite que el recurrente incluya en su impugnación pretensiones que pudo haber efectuado a propósito del recurso contra el contrato antecedente y no lo hizo. A estas pretensiones les es aplicable la doctrina expuesta en los siguientes epígrafes 2), 3) y 4).
- 2) Por otro lado, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 3/2022), aunque los pliegos ahora recurridos rigen un nuevo procedimiento de adjudicación y son, en principio, susceptibles de ser recurridos en el plazo legalmente establecido, lo cierto es que admitir la impugnación sobre aspectos que ya pudieron ser puestos de manifiesto con ocasión del recurso contra los pliegos anteriores con el mismo objeto sería tanto como desvirtuar el carácter preclusivo de los plazos de interposición del recurso especial.
- 3) El citado carácter preclusivo es parte fundamental del sistema de recursos establecido en la LCSP y en el Derecho de la UE que ésta incorpora (ver las Resoluciones 24/2014, 26/2015, 152/2018, 76/2019 y 108/2019 del OARC / KEAO y el apartado 51 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, así como las que en él se citan), de modo que la completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada) y los objetivos de la compra pública se verían comprometidos si se permitiera



impugnar una a una las diversas irregularidades de los pliegos, obligando al poder adjudicador a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos estimados. Esta circunstancia podría convertir el recurso especial en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita.

[Resolución 118/2022](#)

El poder adjudicador alega que las personas jurídicas están obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración e indica que la fecha en la que se entiende presentado el recurso es aquella en la que se realiza la subsanación, por lo que el recurso debe inadmitirse por extemporáneo.

Sin embargo, este OARC/KEAO no comparte la alegación del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián. Téngase en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo número 954/2021 de 1 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2747, considera que el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 regula un trámite procedimental de subsanación específico respecto de las solicitudes que se hubieren presentado ante la Administración de forma presencial, que resulta estrictamente aplicable a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y no a los procedimientos iniciados de oficio por la Administración, ni a los procedimientos de revisión de los actos administrativos –como lo es el recurso especial en materia de contratación-. A este respecto argumenta que en los procedimientos revisorios el instituto procedimental de la subsanación no puede comportar para el interesado que cumple en tiempo y forma el requerimiento efectuado por la Administración unas consecuencias jurídicas lesivas del derecho a la protección jurídica, que constituye uno de los postulados nucleares de la configuración del Estado social y democrático de Derecho, en contravención del deber de buena administración. Por tanto, en el presente caso el plazo para interponer el recurso debe computarse desde la fecha de presentación del mismo en papel en el registro administrativo correspondiente (en este caso en el del OARC / KEAO) y no desde el día en que cumplió con el requerimiento de la subsanación.



En concreto, la decisión de tener por retirada la oferta fue notificada a la recurrente en fecha 18 de marzo de 2022, y el recurso fue presentado en la oficina de correos en fecha 6 de abril, con entrada en este OARC/KEAO el día 7 de abril. Por tanto, de conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

[Resolución 185/2023](#)

- 1) No obstante lo anterior, es cierto que, como afirma el recurrente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que el plazo de interposición del recurso especial solo puede iniciarse desde que el interesado tuvo o debió haber tenido conocimiento de la infracción (ver, por ejemplo, los apartados 27 y 48 a 58 de la STJUE de 12/3/2015, asunto C-538/13, EU:C:2015:166).
- 2) En el caso analizado, INTERPRET SOLUTIONS formuló, con fecha 19 de octubre (el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 20 de octubre) una consulta “urgente” al poder adjudicador sobre el alcance de un inciso del apartado 3 de las Cláusulas Específicas del Pliego de Cláusulas Administrativas del Contrato (PCAP). Por lo tanto, no puede excluirse la posibilidad de que la recurrente solo tuviera conocimiento de la infracción y de su carácter perjudicial para sus intereses desde que Osakidetza aclarara el contenido de la cláusula mediante la respuesta a la consulta. Sobre esta posibilidad, se observa lo siguiente:

La cláusula sobre la que se efectuó la consulta establece lo siguiente:

Para el cálculo del presupuesto de licitación se han tenido en cuenta los siguientes datos:

- Puntos de acceso al servicio de interpretación telefónica: 665 líneas.
- Packs de interpretación telefónica (teléfono móvil + manual + accesorios): 250
- Minutos de interpretación: 83.000 minutos
- Servicios prestados: 7.300



La consulta de INTERPRET SOLUTIONS es la siguiente:

Por el presupuesto previsto entendemos que a los 250 packs que incluyen teléfono móvil + manual + accesorios se les dará cobertura con algunas de las 665 líneas que ya tiene Osakidetza. ¿Es correcto?

El recurrente reconoce que la consulta fue contestada negativamente por teléfono el mismo día, es decir, en el sentido de entender que, aparte de las 665 líneas corporativas, deben entregarse, sin coste adicional, 250 móviles más sus 250 líneas telefónicas correspondientes. A partir de ahí, el recurrente extrae la conclusión de que el presupuesto base de licitación (PBL) es insuficiente para asumir los costes de la prestación contractual.

3) A juicio de este Órgano, la doctrina expresada en el apartado 2) no puede aplicarse en este caso, pues difícilmente puede entenderse que el recurrente solo pudo percatarse de la causa de invalidez alegada (la inadecuación del PBL) después de la respuesta a la consulta, dado que no se trata de una cláusula oscura o ambigua que imperiosamente haya de ser aclarada por el poder adjudicador para comprender su recto sentido. Debe tenerse en cuenta que:

- Del propio contenido de la pregunta se deduce que la duda de la recurrente no se origina por imprecisión sintáctica o gramatical o por el uso de una técnica jurídica deficiente, sino tan solo por la extrañeza de que el alcance de la prestación (que, por lo tanto, la empresa ha entendido) se corresponda con un PBL insuficiente en relación con dicho alcance.
- La citada inadecuación del PBL es, en definitiva, la base del recurso contra los pliegos que INTERPRET SOLUTIONS pudo interponer en plazo (y no lo hizo), sin que quepa “reabrir” tal plazo mediante una pregunta que no era estrictamente necesaria para aclarar una cláusula de difícil interpretación. Por el contrario, la respuesta que el recurrente dice haber recibido es la que se deduce de la literalidad de la estipulación y, además, el apartado 6.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) ya establece que los 250 packs a



los que se refiere el apartado 3 de las Cláusulas Específicas “serán aportados por la empresa adjudicataria sin coste adicional”.

- 4) A la vista de todo lo anterior, este Órgano entiende que el recurso debe inadmitirse por haberse interpuesto fuera de plazo (artículo 55 d) LCSP).

[Resolución 084/2023](#)

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, pues la respuesta impugnada se publicó el 20 de enero. No cabe aceptar la alegación del poder adjudicador en el sentido de que, dado que la respuesta no contiene ninguna novedad respecto a los pliegos, el plazo de interposición es el que corresponde a dichos pliegos, lo que supondría la inadmisión de la impugnación por extemporánea; a juicio de este Órgano, determinar si la respuesta innova o no los pliegos es una cuestión de fondo que no afecta al plazo de impugnación, que es autónomo para la respuesta e independiente del plazo para recurrir los pliegos.

[Resolución 049/2023](#)

El poder adjudicador alega que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo. Esta alegación debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) El acto impugnado tiene forma de convenio entre la Administración General (departamento de Educación) y Google Cloud Emea Limited. El recurrente alega, en síntesis, que esta forma encubre un negocio jurídico que reúne las notas características de un contrato público, habiendo eludido el procedimiento legalmente establecido en la LCSP para su adjudicación. El citado convenio se publicó en el Boletín Oficial del País Vasco (BOPV) del 21 de abril de 2022.
- 2) La LCSP no establece un plazo específicamente aplicable para la impugnación de los negocios cuya verdadera naturaleza sea, según el propio recurso, la de un contrato público, aunque formalizado bajo la apariencia de otra figura legal no susceptible de recurso especial. A falta de dicha especificación, este Órgano



entiende que debe aplicarse el plazo de seis meses establecido en el artículo 50.2 b) de la LCSP por las siguientes razones:

- Se trata del plazo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho por las infracciones legales más graves; téngase en cuenta que la aceptación de la base legal del recurso analizado supondría la nulidad de pleno derecho del convenio impugnado (artículo 39.1 de la LCSP en relación con el motivo recogido en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido).
- Es el plazo más prolongado de los previstos en la LCSP para la interposición del recurso especial, por lo que es también el más garantista para el recurrente.
- En lo que al plazo de presentación del recurso especial se refiere, se han de tener en cuenta los considerandos 13, 25 y 27 de la Directiva 2007/66 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, de los cuales se deduce, en síntesis, lo siguiente:
 - todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse, en principio sin efectos; esta falta de efectos no debe ser automática, sino que debe quedar sometida a la comprobación de un órgano de recurso independiente o derivar de una decisión de dicho órgano.
 - por otra parte, la necesidad de garantizar en el tiempo la seguridad jurídica de las decisiones tomadas por los poderes adjudicadores y entidades contratantes requiere el establecimiento de un plazo mínimo razonable de prescripción de los recursos destinados a determinar la ineficacia del contrato.



- por motivos de seguridad jurídica, el carácter ejecutivo de la ineficacia de un contrato debe limitarse a un determinado período, debiendo respetarse la efectividad de dichos plazos.

3) Dado que el acto recurrido se publicó en el BOPV del 21 de abril de 2022, el cómputo del plazo debe iniciarse el día siguiente porque es el momento a partir del cual el recurso pudo interponerse con conocimiento de las infracciones alegadas (ver, por ejemplo, el apartado 52 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/3/2015, asunto C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166). Consecuentemente, el citado plazo de interposición finalizó el día 21 de octubre (artículo 30.4 de la Ley 39/2015) y el recurso debe considerarse extemporáneo, lo que conlleva su inadmisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 d) de la LCSP, sin que proceda revisar los motivos de fondo ni los demás requisitos de admisión.

[Resolución 058/2023](#)

GASTRONIOMIA CANTABRICA alega que, de conformidad la Disposición Adicional 15ª LCSP, el plazo se computa desde la fecha del envío de la propia notificación y no desde el día siguiente, por lo que el recurso es extemporáneo.

La notificación se envió el día 30 de noviembre de 2022, que es también la fecha de la publicación en el perfil del contratante y la que marca el inicio del cómputo del plazo de quince días tal y como indica la mencionada Disposición Adicional 15 de la LCSP. Consecuentemente, el primer día del cómputo es el 1 de diciembre y el último día del plazo es precisamente el 23 de diciembre. Debe tenerse en cuenta que el mismo día del envío no forma parte del plazo, aunque determine su cómputo (artículo 30.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común); así lo confirma, por ejemplo, el artículo 3.1 del Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, aplicable a los plazos previstos en la Directiva 2014/24/UE según su Considerando 106 y que señala que “Si un plazo expresado en días, semanas, meses o años debe contarse a partir del momento en que sobrevenga un acontecimiento o se cumplimente un acto, el día durante el cual ocurra dicho acontecimiento o se cumplimente dicho acto no se computara en el plazo”. Por tanto, debe



concluirse que el computo del plazo para interponer el recurso especial de materia de contratación, comienza el día siguiente al de la notificación, esto es, el 1 de diciembre, por lo que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

[Resolución 191/2024](#)

El Ayuntamiento 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 posible infracción, que en el presente caso tuvo lugar a través del perfil del contratante. A juicio de este Órgano, esta alegación no es aceptable y el recurso debe considerarse interpuesto en plazo. El desarrollo reglamentario del procedimiento de recurso especial efectuado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que, en lo referente al plazo de interposición del recurso respecto de los actos de trámite ha de entenderse en vigor por ser el contenido del art. 50.1.c) de la LCSP exactamente el mismo que el del art. 44.2b) del TRLCSP, dispone en su artículo 19.3 que cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión. Ahora bien, las notificaciones a las que se refiere la LCSP se han de hacer de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Adicional 15ª, sin que puedan ser sustituidas (ver, en este sentido, la Resolución 129/2017 de este Órgano) por las publicaciones o comunicaciones a través del perfil del contratante, pues estas por sí mismas no producen efectos notificadores y, menos, cuando carecen de los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, como es el caso.

[Resolución 109/2024](#)

El poder adjudicador afirma que el recurso es extemporáneo. Esta alegación debe aceptarse. El recurrente no participó en el procedimiento de adjudicación, por lo que no existía obligación de notificarle el acto impugnado. Consecuentemente, el plazo de



quince días para la interposición del recurso al que se refiere el artículo 50.1 LCSP debe computarse a partir de la publicación del acuerdo de adjudicación en la Plataforma de Contratación (15 de mayo). Dado que el recurso se registró en este OARC / KEAO el 14 de junio de 2024, su presentación es extemporánea. En consecuencia, el recurso debe inadmitirse de conformidad con lo establecido en el artículo 55 d) de la LCSP, sin analizar sus motivos de fondo ni otros requisitos de admisión.

1.2.2. Lugar de presentación del recurso

[Resolución 82/2019](#)

Este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 1/2019) que, para que la fecha de presentación del escrito de recurso especial en las oficinas de correos cause efectos, el recurrente debe efectuar el trámite consistente en comunicar dicha presentación del recurso especial a este OARC/KEAO de manera inmediata y de la forma más rápida posible (en este sentido se pronuncian, asimismo, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en su Resolución 53/2019 y el TACRC en su Resolución 907/2018). En el recurso que nos ocupa no se ha efectuado dicha comunicación por lo que no 3/4 puede considerarse como fecha de presentación efectiva del recurso la efectuada en la oficina de Correos el 26 de febrero de 2019 sino la del 6 de marzo, día en el que consta el asiento de presentación del recurso en el libro de entradas del Gobierno Vasco en la Delegación Territorial de Bizkaia del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras que es una oficina de asistencia auxiliar en materia de registros de este OARC/KEAO. Por ello, y dado que el plazo finalizaba el día 26 de febrero, la interposición del recurso es extemporánea, lo que supone la inadmisión del recurso, según lo dispuesto en el artículo 55 d) de la LCSP.

[Resolución 96/2021](#)

La cláusula 13 del PCAP transcrita, firme por consentida, vincula tanto al poder adjudicador como a los licitadores. Dicha disposición establece dos requisitos para



admitir las proposiciones que se presenten en las oficinas de Correos: (i) que la oferta se presente dentro del plazo establecido y (ii) que el mismo día se comuniqué al órgano de contratación por las vías indicadas dicha presentación. A juicio de este órgano, la recurrente ha incumplido este último requisito, por lo que la inadmisión de oferta se ajusta a derecho. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el anuncio mediante fax, telegrama o correo electrónico puede efectuarse hasta las doce de la noche del día en el que se presenta la oferta en Correos. En el supuesto que ahora nos ocupa es un hecho no discutido que el poder adjudicador recibió en la dirección de correo electrónico establecida en los pliegos el justificante de envío de la oferta por Correos el día siguiente al de la presentación de la oferta, que fue el último del plazo de presentación de ofertas. En concreto, en lo referente a las alegaciones efectuadas por ARREGI,

- (i) no puede ser aceptada la relativa a que la expresión “mismo día” puede interpretarse como concepto de tiempo que abarca las 24 horas siguientes al de la presentación, porque el tenor literal (interpretación preferente, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Código Civil) de dicha acepción nos refiere al día igual (mismo) al que se presenta en la oficina de Correos la oferta. Es decir, para aceptar la interpretación del recurrente, el legislador (artículo 80.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), o en este caso, el poder adjudicador a través de los pliegos (Cláusula 13 del PCAP) deberían haber establecido, por ejemplo, que el anuncio podía ser enviado en el “plazo máximo de un día” desde su presentación, entendido el término día como las siguientes 24 horas.
- (ii) En cuanto a la doctrina que cita el recurrente, en concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 635/2001, de 19 de junio, no puede ser aplicada a este supuesto, ya que en dicho pronunciamiento concurre un elemento diferente y es que el anuncio sí fue remitido dentro del plazo de presentación de ofertas.



- (iii) Por último, debe tenerse en cuenta que como señala la Resolución 639/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 10 de julio de 2015: "Pues bien, ni el TRLCSP (la LCSP, actualmente tampoco) ni las normas reglamentarias vigentes prevén excepciones para que se admitan proposiciones fuera de los plazos previstos en el anuncio de licitación o sin cumplir los requisitos para su envío por correo". En este mismo sentido, se ha pronunciado el OARC en las Resoluciones 22/2012 y 48/2018 estableciendo que "Cuando en el anuncio o en el PCAP está fijada la hora de presentación de la documentación y ésta "se envíe por correo", el envío deberá realizarse dentro del plazo de admisión señalado en el anuncio. El empresario además deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio (Informe 61/07, de 24 de enero²).

En conclusión, el recurrente no ha cumplido con uno de los dos requisitos exigidos en el pliego para la presentación de las proposiciones en las oficinas de Correos, por lo que este motivo impugnatorio debe ser desestimado.

1.2.3. Forma

[Resolución 31/2019](#)

La primera cuestión que debe plantearse este Órgano es la verdadera naturaleza del escrito presentado por CANON ESPAÑA, S.A. No consta en él 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, debe constar una pretensión de expulsar del mundo jurídico un acto nulo o anulable o, en su caso, de modificarlo o de sustituirlo (ver, por ejemplo, la Resolución 39/2017 del OARC / KEAO). En este caso, no se plantea pretensión impugnatoria alguna, de tal forma que el escrito concluye con un escueto En espera se sus noticias. En este sentido, revisado también el resto del documento, se observa

² Informe 61/07, de 24 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.



que se formulan diferentes comentarios sobre los apartados de los pliegos, refiriéndose, unos, a la conculcación de varios principios de la contratación (principios de libre concurrencia, no discriminación e igualdad de trato) y, otros, a las prescripciones técnicas de los equipos, de tal forma que, en algunos casos, parecen la exposición de las dudas de la empresa sobre su contenido y alcance, y en otros casos, meros comentarios críticos sin verdadera intención de anular decisiones ilegales. En definitiva, no nos encontramos ante un recurso especial de los regulados en los artículos 44 y siguientes de la LCSP y no puede tramitarse como tal, por lo que de acuerdo con el artículo 55 a) de la LCSP procede su inadmisión.

Adicionalmente a lo referido, si bien por si mismas no constituyen motivo para descartar que un escrito sea realmente un recurso, cabe resaltar que el que nos ocupa tiene la estructura formal de una carta, no efectúa alegaciones o denuncias sino que (...) expone los siguientes puntos, no se identifica en ningún momento como un escrito de recurso y no se dirige a este Órgano resolutorio.

[Resolución 146/2021](#)

El poder adjudicador entiende que la pretensión de nulidad o anulación solicitada en el recurso debe decaer porque no invoca ninguna causa de nulidad o anulabilidad que justifique la impugnación de la adjudicación. Esta alegación debe desestimarse. El artículo 51.1 de la LCSP establece que en el escrito de interposición debe constar, entre otros requisitos, el motivo que fundamente el recurso (por el contrario, no exige que se califique jurídicamente de manera expresa la causa de invalidez del acto recurrido). Es claro que la impugnación satisface este requisito, pues se señalan argumentos que, de aceptarse, supondrían una tacha de legalidad de la adjudicación que conllevaría su anulación, como es la infracción del artículo 145.5 de la LCSP.

[Resolución 125/2022](#)

Por lo que se refiere al escrito de alegaciones presentado por PIXEL en el que se “suma” al recurso planteado por ESREC, debe señalarse que tal posibilidad no existe en la regulación del recurso especial (en este sentido y referidas a escritos similares,



ver las Resoluciones 10/2015 y 91/ 2019 del OARC / KEAO). Por otro lado, el escrito tampoco puede ser calificado como un recurso por mucho que el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común establezca 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, pues lo cierto es que no satisface los requisitos que el artículo 51.1 de la LCSP establece para el escrito de interposición del recurso especial; en particular, no concreta el motivo que fundamenta la impugnación, pues únicamente consta una remisión genérica a que los motivos de la exclusión de PIXEL son los mismos que los del recurso de ESREC y que se suman a él. Como mucho, ello serviría para identificar los términos jurídicos del debate, pero no los hechos particulares del caso ni la aplicación de aquellos a estos últimos. Consecuentemente, se trata en realidad más de un intento de que, previa denuncia (artículo 62 de la Ley 39/2015), este Órgano inicie un procedimiento sobre hechos que solo se mencionan muy vagamente, que, de un auténtico escrito impugnatorio del que difícilmente puede defenderse el poder adjudicador y sobre el que mal pueden alegar otros interesados; en este sentido, si este OARC/KEAO tramitase 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 (ver, en este sentido, la Resolución 10/2022 del OARC / KEAO).

[Resolución 10/2022](#)

La primera cuestión que debe plantearse este órgano es si el escrito presentado por SPRINTEM S.A. tiene todos los requisitos para ser considerado un recurso especial. En particular, se observa que no se alega el motivo que fundamenta el recurso (artículo 51.1 de la LCSP); dicho de otro modo, no constan las razones o los motivos en los que se fundamenta la petición de expulsar del mundo jurídico un acto nulo o anulable, o de modificarlo o sustituirlo (ver, por ejemplo, las Resoluciones 39/2017 y 59/2020 del OARC / KEAO). En este caso, SPRINTEM S.A. se limita a solicitar de forma genérica una revisión de la puntuación que ha obtenido, sin señalar las razones por las que se considera que la asignada no se ajusta a derecho, por lo que se trata en realidad más de un intento de que, previa denuncia (artículo 62 de la Ley 39/2015), este órgano inicie un procedimiento sobre hechos que se mencionan muy vagamente,



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 tramitase 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 del OARC/KEAO 114/2015).

[Resolución 188/2024](#)

La adjudicataria impugnada considera que el recurso debe ser inadmitido porque carece de criterio jurídico, esto es, de concordancia entre los hechos narrados y los fundamentos jurídicos: en concreto, se estructura en una serie de “antecedentes de hecho” y con una serie de “fundamentos de derecho” en los cuales no se hace alusión concreta a los artículos recogidos en la LCSP (ni normativa aplicable) por el cual La Pau no deba de ser la adjudicataria del Exp. 30/2024 -PS. Esta alegación debe ser desestimada porque, si bien de una manera asistemática, el escrito contiene todos los elementos exigidos por el artículo 51.1 de la LCSP y 115.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo común para que pueda ser considerado un recurso: identifica el acto recurrido, muestra su voluntad de expulsarlo del ordenamiento jurídico y, tras el “suplico”, en el apartado de “medidas cautelares”, aporta algunos argumentos basados en los “antecedentes de hecho” relacionados en el propio escrito, además de adjuntar diversos documentos a modo de prueba. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los requisitos procesales han de ser interpretados con flexibilidad y que los principios antiformalista y “*pro actione*” deben inspirar la apreciación del cumplimiento de aquellos para obtener una respuesta sobre el fondo de la pretensión (ver, sentencia del Tribunal Constitucional 104/1997).

1.3. Actos recurribles



1.3.1. No son actos recurribles

[Resolución 93/2018](#)

Se plantea la cuestión de si el acto recurrido, esto es, el informe técnico de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, puede ser objeto de recurso especial. A juicio de este OARC / KEAO, la respuesta debe ser negativa, pues el citado informe no figura entre los actos citados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determrine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Por el contrario, nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), las cuales no se hallan comprendidas en el amplio campo de las actuaciones recurribles. En este sentido, los informes técnicos como el impugnado no tienen más virtualidad que auxiliar a los órganos competentes en su función de determinar la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación, pero no son actos que, por sí mismos, sean susceptibles de causar perjuicio alguno a los licitadores. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 22.1.4º 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, el recurso no puede ser admitido a trámite.

[Resolución 164/2018](#)

Se plantea la cuestión de si el acto impugnado, el Acuerdo del Pleno de Ayuntamiento de Barakaldo de fecha 13 de agosto de 2018, puede ser objeto del recurso especial.

Nos encontramos ante la impugnación de un acto de ejecución de una Resolución de este OARC/KEAO, en el que no se plantea ninguna cuestión, jurídica o de hecho, nueva o diferente a las que surgieron durante el procedimiento de adjudicación y en



el acto que le puso término, que es el acuerdo de adjudicación del pleno del Ayuntamiento de fecha 28 de marzo de 2018. El ahora recurrente, FCC, no interpuso recurso alguno contra este último acuerdo por lo que, en lo que a él respecta, nos hallamos ante un acto firme y consentido por el transcurso del tiempo que, consecuentemente, no puede atacar. Resultaría contrario al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que el plazo de interposición del recurso quedara indefinidamente abierto y que los candidatos o licitadores pudieran alegar en cualquier momento, incluso transcurrido ampliamente el dictado del acto que pone fin al procedimiento de contratación, 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.

[Resolución 173/2018](#)

El poder adjudicador y GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. solicitan la inadmisión del recurso. A juicio de este OARC / KEAO, esta alegación debe aceptarse, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, la Mesa de Contratación se limita a requerir a un licitador una aclaración del alcance del contenido de su oferta sin modificar esta última, por lo que nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.

[Resolución 1/2019](#)

El recurrente plantea un recurso contra la Resolución 166/2018, de 23 de noviembre, de este OARC/KEAO que inadmite por extemporáneo el recurso especial interpuesto



contra la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento y adecuación del alumbrado público y de los equipos de regulación del tráfico del municipio de Santurtzi”. Según el artículo 59.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), contra las resoluciones dictadas en el procedimiento de recurso especial sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; de acuerdo con el artículo 59.3 de la LCSP, tampoco cabe la revisión de oficio. Consecuentemente, no es posible admitir la tramitación del recurso especial que nos ocupa, ya que el tenor literal de los citados preceptos es claro y taxativo, y la exclusión que contiene comprende tanto los recursos administrativos ordinarios y extraordinarios, como cualquier forma de revisión de oficio (ver, en este sentido, la Resolución 183/2018, de 18 de diciembre, de este OARC/KEAO).

[Resolución 19/2019](#)

A juicio de este OARC / KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a declarar la oferta más ventajosa en cada uno de los lotes en que se divide el Acuerdo Marco, por lo que nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), la cual no se halla



comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido.

[Resolución 20/2019](#)

El recurso debe ser inadmitido. El recurrente alega que el incremento del salario mínimo interprofesional para el año 2019 ha alterado de forma imprevisible y sobrevenida las condiciones económicas en las que se basó la adjudicación del contrato por lo que, a través del recurso especial en materia de contratación, insta una modificación no prevista del contrato con el fin de que su ejecución no le sea antieconómica. Esta supuesta falta de actividad del poder adjudicador no cabe ser subsumida en ninguna de las actuaciones susceptibles de recurso especial que se citan en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En especial, no se impugna un acuerdo de modificación que debió ser objeto de una nueva adjudicación (art. 44.2.d) LCSP), única actuación al margen del rescate de las concesiones que es recurrible en la fase de ejecución del contrato sino que, por el contrario, se pretende que el poder adjudicador modifique los términos del contrato. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido.

[Resolución 26/2019](#)

A juicio de este OARC / KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 J0D0Z-T1G0N-G0VP en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador> La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea> Nahi izanez gero, J0D0Z-T1G0N-G0VP bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den 2/3 (en adelante, LCSP). En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o



exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a iniciar el expediente de resolución de un contrato de obra por incumplimiento culpable del contratista por demora en el cumplimiento de los plazos. Se trata, por tanto, de un contrato ya adjudicado y formalizado, por lo que el acto impugnado corresponde a la fase de ejecución, fase en la que el OARC/KEAO únicamente tiene competencia para considerar la legalidad de ciertas modificaciones que pudieran acordarse o los acuerdos de rescate de las concesiones. En definitiva, este Órgano no es competente para considerar la legalidad del contenido de la resolución de la Alcaldía por no hallarse comprendido en el amplio campo de las actuaciones recurribles.

[Resolución 100/2019](#)

El objeto del recurso es la decisión de la Mesa de Contratación, adoptada en la sesión de 2 de mayo de 2019, por la que se propone (i) la exclusión de uno de los licitadores que no es la recurrente, (ii) la proposición de clasificación de los licitadores y (iii) la proposición al órgano de contratación para requerir diversa documentación al primer clasificado para posteriormente adjudicar el contrato. A juicio de este Órgano, el recurso no puede admitirse a trámite. El citado acto no figura entre los mencionados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de la adjudicación del contrato, ni de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni es un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni tampoco un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Por el contrario, nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público, concretamente, una propuesta de adjudicación de las previstas en el artículo 150.1 de la LCSP (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29, y la Resolución 99/2018 del OARC / KEAO), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles.



La decisión recurrida ha sido adoptada por la Mesa de contratación en su función de asistencia al Órgano de contratación (art. 326.1 LCSP) y no es una actuación que, por sí misma, sea susceptible de causar perjuicio alguno a los licitadores. De hecho, no consta que en el procedimiento que nos ocupa se haya adoptado la decisión que confirma la propuesta recurrida o que se aparta de ella. Por otro lado (aunque de un modo confuso), el escrito dice oponerse a los criterios de adjudicación señalados en los pliegos. Ello supondría la impugnación de las irregularidades de las bases de la licitación una vez finalizado el plazo establecido para ello en el artículo 50.1 b) de la LCSP); se trataría del llamado recurso indirecto, cuyo efecto más característico es, cuando se dan ciertas circunstancias, permitir que dicha impugnación pueda producirse en el plazo para recurrir un acto sujeto al recurso especial fundado en la estipulación indirectamente recurrida (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2019 del OARC / KEAO). Dado que, como ya se ha expuesto, en este caso no existe tal acto, ni la exclusión de QUINCOCAN, ni el Acta de la Mesa le supone perjuicio alguno, no cabe admitir esta pretensión.

[Resolución 149/2019](#)

A juicio de este OARC / KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En claro que no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni que determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Tampoco se trata de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación; de hecho, el acto impugnado establece en un apartado que se recabe al siguiente licitador clasificado en el listado del artículo 150.1 de la LCSP la documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, trámite previo a la adjudicación del contrato en su favor, sin que ello sea merecedor de reproche alguno por el recurrente. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a imponer una penalidad por retirada injustificada de la oferta, si bien es cierto que ofrece como vía de impugnación el recurso especial. En este sentido, la Resolución



097/2018 del OARC/KEAO confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12/6/2019, nº 166/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:2011, consideró que el acto materialmente impugnado (la incautación de la garantía, supuesto similar al ahora analizado) no podía ser objeto de recurso especial por exceder de su ámbito de actuación y, por tanto, deberá ser resuelta conforme a lo establecido en el artículo 44.6 de la LCSP que dispone que Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En definitiva, este Órgano no es competente para considerar la legalidad del contenido de la resolución del órgano de contratación por no hallarse comprendido en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55 c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido

[Resolución 205/2019](#)

A juicio de este OARC / KEAO el recurso debe ser inadmitido, pues la actuación impugnada no figura entre las citadas en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, la Mesa de Contratación se limita a requerir a unos licitadores la subsanación de la documentación presentada en orden a la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos, pero sin que se efectúe un pronunciamiento de fondo, por lo que nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.



[Resolución 6/2021](#)

No nos hallamos ante el supuesto al que hace referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2007) alegada por la recurrente, en la que se analiza si en el recurso especial interpuesto contra la adjudicación de un contrato pueden discutirse, a la luz de hechos o documentos nuevos, cuestiones que ya hayan sido objeto de pronunciamiento anterior por el tribunal administrativo de recursos contractuales, en fases previas del procedimiento, sino ante un segundo recurso especial interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del contrato (el primer recurso también lo fue contra la adjudicación) que es el resultado de la ejecución de una resolución de este OARC / KEAO que no fue recurrida en su día y, por consiguiente, ha adquirido firmeza. En suma, en la citada STS se discute si, ante la evidencia de documentos nuevos que acreditan la falsedad del certificado acreditativo de la solvencia técnica concurre la llamada “cosa juzgada administrativa” cuando los pronunciamientos del órgano resolutorio se efectúan sobre actos administrativos distintos dentro del mismo procedimiento de adjudicación (acuerdo de exclusión y adjudicación del contrato), mientras que en el supuesto que ahora nos ocupa se plantea la modificación o anulación del sentido de la Resolución 021/2020 de este OARC / KEAO una vez firme, habida cuenta que la adjudicación impugnada es una mera ejecución de dicha Resolución. A este respecto, cabe señalar que firmeza y “cosa juzgada” son conceptos diferentes.

[Resolución 11/2021](#)

La propuesta de adjudicación no figura entre los actos impugnables citados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de la adjudicación del contrato, ni de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni es un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni tampoco un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En definitiva, se trata de una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5



de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29 y las Resoluciones 163/2020, 104/2020, 37/2020 y 99/2018 del OARC / KEAO), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles.

[Resolución 89/2021](#)

Como sostiene Bilbao Exhibition Centre, S.A. (BEC), el recurso se fundamenta en la disconformidad con la valoración realizada por el órgano de contratación en el acta de valoración de ofertas, consistiendo la pretensión del recurrente en la revisión de su propuesta, por lo que el recurso debe ser inadmitido. El informe de valoración que se impugna no figura entre los actos citados en el artículo 44.2 de LCSP. En concreto, no se trata de la adjudicación del contrato, ni de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni es un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni tampoco un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Consecuentemente nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29 y las Resoluciones 99/2018, 37/2020 y 104/2020 del OARC / KEAO), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles.

Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55 c) de la LCSP, la pretensión no puede ser admitida a trámite, sin perjuicio del eventual recurso que se interponga contra el acto de adjudicación del contrato.

[Resolución 192/2021](#)

La pretensión del recurso consiste en que se declare la improcedencia de la penalidad impuesta por no ser imputable a EULEN la no formalización del contrato. A este respecto, debe señalarse que, aunque la estimación de la pretensión sí que podría aportar un beneficio tangible a EULEN S.A., este OARC / KEAO carece de competencia para pronunciarse sobre ella, toda vez que no se trata de uno de los



actos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial, según el artículo 44.2 de la LCSP (Resolución del OARC/KEAO 97/2018, confirmada por la STSJPV de 12/6/2019, núm. 166/2019, ECLI: ES:TSJPV:2019:2011). En concreto, no se trata de la adjudicación del contrato, ni de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni es un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni tampoco un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Sin embargo, esta consideración no obsta a que, en su caso, la recurrente pueda hacer valer sus intereses por los cauces administrativos o judiciales correspondientes, distintos de la vía del recurso especial en materia de contratación pública.

[Resolución 3/2022](#)

Analizado el único motivo de impugnación del recurso que ahora nos ocupa, sustancialmente idéntico al examinado en el apartado a) del Fundamento jurídico octavo de la Resolución 175/2021, y contrastado el texto de los pliegos recurridos en ambos procedimientos, se observa que la información sobre el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato no ha variado, por lo que la base que sustenta el actual recurso ya era conocida y pudo ser impugnada a propósito del anterior procedimiento, concurriendo así la identidad de objeto que caracteriza a la “cosa juzgada administrativa” (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2017 del OARC / KEAO), por lo que el recurso ha de inadmitirse.

[Resolución 205/2022](#)

El recurso especial interpuesto en el presente expediente se dirige frente al Decreto 5062/2022 de la Alcaldesa de Getxo de 18 de noviembre por el que se acuerda iniciar el procedimiento de reclamación de indemnización por daños y perjuicios contra MULTIENERGÍA VERDE, S.L. Por su parte, señala el Ayuntamiento de Getxo en un su informe de contestación al recurso especial que dicho acuerdo no figura entre los actos citados en el artículo 44.2 de LCSP.



Debe señalarse que, aunque la pretensión sí incluye dos peticiones cuya estimación aportaría un beneficio tangible a la recurrente, este OARC / KEAO no puede pronunciarse sobre ellas. Por lo que se refiere a la solicitud de devolución de la garantía, se observa que es el poder adjudicador quien debe decidir sobre la incautación de una parte de la garantía definitiva. En todo caso, dicho acto no es uno de los incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial, según el artículo 44.2 de la LCSP (en este sentido se pronuncia la Resolución del OARC/KEAO 97/2018, confirmada por la STSJ PV de 12/6/2019, núm. 166/2019, ECLI: ES:TSJPV:2019:2011).

En lo que se refiere al acuerdo de iniciar el procedimiento de reclamación de indemnización por daños y perjuicios contra MULTIENERGÍA VERDE, S.L., este OARC / KEAO carece de competencia para pronunciarse sobre el mismo, toda vez que tampoco se trata de uno de los actos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial según el artículo 44.2 de la LCSP (vease la citada Resolución 97/2018). En concreto, no se trata de la adjudicación del contrato, ni de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni es un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni tampoco un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Llegados a este punto, y dado que no hay ningún interés de MULTIENERGÍA VERDE, S.L. en continuar en el procedimiento, ni siquiera en obtener el contrato, y que la resolución de las pretensiones cuya estimación sí satisfaría un interés legítimo no corresponde al OARC / KEAO analizarlas, debe concluirse que el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55, apartados a) y c), de la LCSP. Todo ello, sin perjuicio de que, en su caso, la recurrente pueda hacer valer sus intereses por los cauces administrativos o judiciales correspondientes, distintos de la vía del recurso especial en materia de contratación pública.

[Resolución 118/2022](#)

La decisión por la que se tiene por retirada la oferta por no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento efectuado en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP



es un acto impugnabile por determinar la imposibilidad de que el recurrente sea el adjudicatario del contrato (ver, el artículo 44.2. b) de la LCSP) y la imposición de la penalidad es una consecuencia jurídica vinculada al incumplimiento de dicho requerimiento. En lo que respecta a la imposición de la penalidad, el precedente de la Resolución 97/2018 de este OARC / KEAO, confirmada por la STSJ PV de 12/6/2019, núm. 166/2019, ECLI: ES:TSJPV:2019:2011, alegada por el poder adjudicador, no es aplicable al supuesto que nos ocupa, pues el acto impugnado en dicha resolución era la penalidad impuesta por la no formalización del contrato por causas imputables al contratista (artículo 153.4 de la LCSP), esto es, en una fase del procedimiento posterior a la adjudicación, mientras que la penalidad ahora impugnada es previa a la adjudicación del contrato y se vincula a la no cumplimentación adecuada de los extremos relacionados en el artículo 150.2 de la LCSP.

[Resolución 175/2023](#)

El recurso interpuesto por don J.B.A. se dirige frente al despido disciplinario efectuado por la Unión Temporal de Empresas “Donostiako Garbiketak” que es, según se desprende del contexto del escrito de recurso, la adjudicataria del contrato del servicio de limpieza viaria y otros afines del termino municipal de San Sebastian, y la pretensión es “recuperar el empleo y una posible reclamación por daños a la empresa por falta de competencia y los daños causados por ello.”

Debe señalarse que este OARC / KEAO no puede pronunciarse sobre la petición de don J.B.A. por carecer de competencia para ello por tratarse de una cuestión que atañe a la relación laboral del trabajador con la UTE empleadora. En cualquier caso, no nos hallamos ante uno de los actos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial, según el artículo 44.2 de la LCSP (en este sentido se pronuncia la Resolución del OARC/KEAO 97/2018, confirmada por la STSJ PV de 12/6/2019, núm. 166/2019, ECLI: ES:TSJPV:2019:2011). En concreto, no se trata de la adjudicación del contrato, ni de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni es un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni tampoco un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos



o intereses legítimos. Como la resolución de las pretensiones cuya estimación satisfaría un interés legítimo no corresponde al OARC / KEAO analizarlas, debe concluirse que el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55, apartados a) y c), de la LCSP. Todo ello, sin perjuicio de que, en su caso, el recurrente pueda hacer valer sus intereses por los cauces administrativos o judiciales correspondientes, distintos de la vía del recurso especial en materia de contratación pública.

[Resolución 195/2023](#)

Aunque el acto impugnado es formalmente la adjudicación del contrato, del contenido del recurso se deduce que no se formula objeción alguna contra dicho acto. Por el contrario, el recurso reitera los argumentos ya expuestos en el recurso EB 2023/128, que ya fue resuelto, en sentido desestimatorio, por la Resolución 194/2023 del OARC / KEAO. Consecuentemente, este Órgano no puede emitir un nuevo pronunciamiento sobre la pretensión porque ello iría en contra de la denominada “cosa juzgada administrativa” y supondría admitir la posibilidad de modificar la citada Resolución, contra la que tan solo cabe el correspondiente recurso contencioso administrativo.

[Resolución 149/2024](#)

El sindicato recurrente solicita la rescisión del contrato 26/2023 PS (lotes 1, 2, 3, 4) y del contrato 30/2024 PS (lotes 1 y 3 con ambulancias LA PAU, S. COOP. El recurso debe ser inadmitido. Mediante el recurso especial en materia de contratación, se insta la rescisión del contrato, que inicialmente compete al órgano de contratación. No cabe subsumir esta supuesta falta de actividad del poder adjudicador en ninguna de las actuaciones susceptibles de recurso especial que se citan en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En especial, no se impugna un acuerdo de modificación que debió ser objeto de una nueva adjudicación (art. 44.2.d) LCSP), única actuación recurrible en fase de ejecución del contrato (junto con el rescate de las concesiones). Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.



1.3.2. Son actos recurribles

[Resolución 94/2018](#)

Por lo que se refiere a su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, debe partirse de la base de que la literalidad de la Resolución del órgano de contratación de 24 de abril de 2018 recurrida dispone excluir a las empresas que retiraron el vehículo después de la adjudicación y antes de la formalización del contrato; es decir, la impugnación se plantea contra un acto que pretende dejar sin efecto la adjudicación ya dictada en favor del recurrente. El efecto natural de dicha adjudicación es, en principio, y de modo automático, la formalización en favor del adjudicatario, la cual supone la perfección del contrato (artículo 27.1 del TRLCSP); de hecho, la finalidad de la reforma operada en nuestra legislación contractual por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para introducir la perfección por la formalización (alterando así el criterio tradicional de la perfección por la adjudicación) era precisamente separar el acto por el que se selecciona, tras el correspondiente procedimiento, la oferta económicamente más ventajosa, del acto por el que se celebra el negocio jurídico, con la intención de que el primero, que ya reúne todos los elementos que luego tendrá el contrato perfeccionado, fuera recurrible por la vía del recurso especial antes de dicha celebración o perfección. Por ello, la Resolución de 24 de abril debe entenderse incluida entre los actos de trámite recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que decide “directa o indirectamente sobre la adjudicación” nada menos que privándola de su efecto más genuino, que es la formalización en favor del adjudicatario. Esta interpretación es, además, la más consecuente con el efecto útil de la Directiva 89/665/CEE (cuya incorporación al Derecho interno son los artículos 44 y siguientes de la LCSP), según se interpreta esta norma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, especialmente en sus apartados 26 y 27; de ellos se deduce que todas las decisiones de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sean susceptibles de infringirlas, estarán sujetas al control jurisdiccional previsto en la citada Directiva, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase también la sentencia del TJUE de 11



de enero de 2005, asunto C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada, así como la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, que admite expresamente el recurso al que se refiere la Directiva 89/665/CEE contra una decisión posterior a la adjudicación inicial y anterior a la perfección del contrato). Consecuentemente, dado que la denegación ilegal o arbitraria de la formalización del contrato sería una infracción del Derecho de la Unión y nacional de la contratación pública porque privaría ilícitamente al adjudicatario de obtener y ejecutar el contrato, debe considerarse que el acto impugnado se incluye dentro del ámbito objetivo del recurso especial.

[Resolución 104/2019](#)

El acto recurrido es la Resolución de 27 de marzo de 2019 por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación, que no figura expresamente en el listado del artículo 44.2 de la LCSP de actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial, al igual que tampoco lo estaba en el derogado TRLCSP, por lo que lo que resulta de aplicación lo manifestado a este respecto por este órgano con anterioridad. Así, en su Resolución 031/2017 este OARC/KEAO ya manifestó la posibilidad de que una decisión de esta índole pudiera ser objeto de recurso especial «(...) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. 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, 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 3/11 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.» (STJ de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).

Consecuentemente, la decisión impugnada es susceptible de recurso especial

[Resolución 108/2019](#)

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. Por otro lado, el recurrente impugna la Resolución 257/2019, de 14 de marzo, del Director General de Osakidetza, por la que se designan los miembros del Comité de Expertos. A juicio de este Órgano, dicho acto está comprendido en el ámbito objetivo del recurso especial, ya que no deja de ser un documento contractual. En este sentido, el amplio concepto de pliego de contratación establecido en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE incluye, entre otros, los documentos elaborados o mencionados por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos del procedimiento; no cabe duda de que el Comité de Expertos, tal y como lo describe el artículo 146.2 a) de la LCSP es un órgano esencial en los procedimientos en los que es preceptivo, y la correcta determinación de su composición no es indiferente para la legalidad de la licitación. Asimismo, el propio citado precepto establece como alternativa al Comité la designación de un organismo técnico especializado que desempeñe las mismas funciones, señalando que, en ese caso, dicho organismo se especificará en los pliegos (lo que no se exige para el Comité). Consecuentemente, el contenido de dicha especificación podrá ser objeto de impugnación como lo puede ser el resto de las estipulaciones de los pliegos por lo que, por identidad de razón, carecería de sentido que las decisiones sobre la composición del Comité no fueran igualmente recurribles, aunque la LCSP no pida expresamente que se incluyan en los pliegos.

[Resolución 212/2019](#)

El poder adjudicador considera en su informe que la decisión de contratar no puede ser objeto de recurso especial. Esta alegación debe desestimarse ya que en supuestos similares al que ahora se plantea (ver, en este sentido las Resoluciones



24/2017, 29/2017, 45/2017 y 88/2019), este OARC/KEAO ha admitido los recursos interpuestos contra la decisión de contratar y se ha pronunciado sobre el alcance de la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación en el momento de adoptarla (ver, en el mismo sentido, la sentencia 230/18). Esta misma conclusión se extrae del examen de la jurisprudencia del TJUE que, interpretando en sentido amplio el concepto de decisión recurrible, considera que lo son las decisiones de la entidad adjudicadora anteriores al comienzo formal del procedimiento de licitación, como las de no iniciar un procedimiento de contratación pública (STJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, apartado 33) o la de celebrar contratos de trabajo con personas físicas para la prestación de determinados servicios sin tramitar un procedimiento de contratación pública (STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-260/17, ECLI:EU:C:2018:864).

[Resolución 16/2021](#)

SAMCIC considera que la comunicación de requerimiento de la garantía y documentación del artículo 150.2 de la LCSP en orden a formalizar el acuerdo adjudicado con fecha 10 de enero de 2020 no es un acto impugnabile. Para el examen de esta causa de inadmisibilidad debe partirse de la literalidad de dicho escrito, en el que se manifiesta que En cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución del OARC 125/2020, de 24 de septiembre, por el cual estima las pretensiones de SAMSIC IBERIA, S.L., declara la vigencia de la primera adjudicación a favor de la recurrente y anula el acto de adjudicación del contrato a favor de ZAJNTZEN, S.A., tengo a bien comunicarle que se ha solicitado a SAMSIC IBERIA, S.L. la presentación de fianza y demás requisitos del art. 150.2 LCSP. Habiéndolos presentado con fecha 16-10-2020, se procederá a la firma del contrato con esta empresa, por lo que ruego facilite a la misma la información precisa para subrogar al personal adscrito al servicio. A juicio de este Órgano, el recurso debe admitirse a trámite por las razones que se exponen a continuación:

- 1) En el citado escrito, el poder adjudicador pone en conocimiento de ZAJNTZEN que dota de eficacia a la Resolución de adjudicación de fecha 10 de enero de 2020 (cuya revocación se consideró contraria a derecho en la Resolución 125/2020 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, debe entenderse que la decisión que realmente se recurre ahora es la citada adjudicación inicial de 10 de enero de 2020 en favor de SAMSIC.



- 2) No puede entenderse que concurra la llamada “cosa juzgada administrativa”, pues sobre las cuestiones y motivos de impugnación planteados en su día contra este acto por ZAINZEN (recurso especial EB 2020/022, resuelto en la Resolución 48/2020), las mismas que se plantean en el recurso que ahora nos ocupa, no se pronunció este OARC / KEAO. En este sentido, la consideración de que no se produce la llamada “cosa juzgada administrativa” ha sido mantenida por el OARC / KEAO en un supuesto análogo de finalización del procedimiento de recurso especial por pérdida de su objeto (impugnación de los pliegos cuando el procedimiento de adjudicación se declara desierto, Resolución 29/2019). En esta línea, este Órgano tampoco debe entrar a valorar la adecuación legal de la satisfacción por el poder adjudicador de la pretensión del recurrente, limitándose a tomar nota de la decisión y a declarar concluso el procedimiento de recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 59/2018), sin perjuicio de que dicha decisión pueda ser, a su vez, impugnada por un recurrente legitimado.
- 3) Inadmitir el recurso supondría considerar que la única vía de impugnación procedente es el recurso contencioso administrativo contra la Resolución 125/2020. Ello pondría a ZAINZEN en una clara situación de indefensión y sería contrario al efecto útil del recurso especial, pues implicaría privar al licitador del acceso a una revisión del OARC / KEAO de la legalidad de la decisión.
- 4) Finalmente, de acuerdo con el artículo 50.1 de la LCSP, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, toda vez que el recurrente lo ha presentado interpuesto el recurso en el plazo de quince días hábiles desde que ha tenido conocimiento de que el órgano de contratación le notifica la eficacia del acuerdo de adjudicación de fecha 10 de enero de 2020. Debe tenerse en cuenta que dicho plazo solo puede computarse desde que el interesado “tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción” (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, apartado 52). Por otro lado, a pesar de que la Resolución 125/2020 conllevaba la vigencia de la adjudicación inicial por haber sido ésta ilegalmente revocada, sería desproporcionado estimar que el inicio



del cómputo del plazo para recurrir se produjo con la notificación de dicha Resolución; téngase en cuenta que, en ese caso, se atribuiría al recurrente la carga de reproducir su impugnación en un plazo preclusivo a causa de una actuación ilegal del poder adjudicador que no le es imputable.

[Resolución 44/2021](#)

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso, entre otros, los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento. Aunque la LCSP no cita expresamente la declaración de desierto entre los actos impugnables, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/6/2002, asunto C-92/00, ECLI: EU:C:2002:379, se deduce que el efecto útil del recurso especial exige que el acuerdo de cancelación de una licitación puede ser objeto de recurso y, en su caso, anulado (ver también, por ejemplo, las resoluciones 119/2014 y 35/2020 del OARC / KEAO).

[Resolución 140/2021](#)

Por lo que se refiere a su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, debe partirse de la base de que, si bien la literalidad de la decisión impugnada dispone “Proceder a la no adjudicación o celebración del contrato”, lo cierto es que el contrato se halla adjudicado mediante Resolución de la Directora de Régimen Jurídico y Servicios de fecha 8 de octubre de 2020 y que lo que la decisión recurrida persigue es dejar sin efecto la adjudicación ya dictada en favor del recurrente. El efecto natural de dicha adjudicación es, en principio, y de modo automático, la formalización en favor del adjudicatario, la cual supone la perfección del contrato (artículo 36.1 de la LCSP). Por ello, la decisión recurrida debe entenderse incluida entre los actos de trámite recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que decide “directa o indirectamente sobre la adjudicación” nada menos que privándola de su efecto más genuino, que es la formalización en favor del adjudicatario. Esta interpretación es, además, la más consecuente con el efecto útil de la Directiva 89/665/CEE (cuya incorporación al Derecho interno son los artículos 44 y siguientes de la LCSP), según se interpreta esta norma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de



abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, especialmente en sus apartados 26 y 27; de ellos se deduce que todas las decisiones de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sean susceptibles de infringirlas, estarán sujetas al control jurisdiccional previsto en la citada Directiva, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase también la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada, así como la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, que admite expresamente el recurso al que se refiere la Directiva 89/665/CEE contra una decisión posterior a la adjudicación inicial y anterior a la perfección del contrato). Consecuentemente, dado que la denegación ilegal o arbitraria de la formalización del contrato sería una infracción del Derecho de la Unión y nacional de la contratación pública porque privaría ilícitamente al adjudicatario de obtener y ejecutar el contrato, debe considerarse que el acto impugnado se incluye dentro del ámbito objetivo del recurso especial. En este sentido se ha pronunciado con anterioridad este OARC / KEAO en su Resolución 94/2018.

[Resolución 141/2021](#)

El acto recurrido es la Resolución de 17 de mayo de 2021 por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación, que no figura expresamente en el listado del artículo 44.2 de la LCSP de actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial, al igual que tampoco lo estaba en el derogado TRLCSP, por lo que lo que resulta de aplicación lo manifestado a este respecto por este órgano con anterioridad. Así, en su Resolución 031/2017 este OARC/KEAO ya manifestó la posibilidad de que una decisión de esta índole pudiera ser objeto de recurso especial «(...) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. 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, 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.» (STJ de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).»

Consecuentemente, la decisión impugnada es susceptible de recurso especial.

[Resolución 179/2021](#)

Según el poder adjudicador el recurso debe ser inadmitido porque no se interpone frente al acuerdo de adjudicación, sino frente a la admisión de la oferta del adjudicatario efectuada en el acto de apertura del sobre “C”. Este argumento no es aceptable porque, si bien el artículo 44.2 de la LCSP incluye en el ámbito del recurso especial los acuerdos de admisión de licitadores o candidatos y de ofertas, lo cierto es que en el procedimiento de contratación que nos ocupa no se ha producido un acto expreso y formal de admisión de proposiciones cuya falta de impugnación en plazo produzca un efecto preclusivo que impida la admisión de un recurso contra el acto que pone fin al procedimiento de adjudicación (ver la Resolución 100/2020 del OARC / KEAO). Además, debe señalarse que la consideración de la admisión como acto recurrible, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, no puede convertirse en la carga que para el adjudicatario supondría tener que impugnar preventivamente la aceptación de las proposiciones de otros licitadores bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no podría presentar un recurso contra la citada aceptación a propósito del acto de adjudicación, pues ello perjudicaría el efecto útil del recurso especial (ver, por ejemplo, las Resoluciones 2 y 137/2017 y 90/2020 del OARC / KEAO). Por todas estas razones la admisión indebida de las ofertas puede ser impugnada en la decisión que pone fin al procedimiento de adjudicación.

[Resolución 203/2021](#)

Se impugna la Resolución de la Alcaldesa – Presidenta de 29/7/20219, que impide formalizar el contrato ya adjudicado al recurrente. Este Órgano ya ha señalado que la



denegación de la formalización es un acto impugnabile mediante el recurso especial (ver sus Resoluciones 94 y 95/2018), con base en los siguientes argumentos:

- 1) El efecto natural de la adjudicación del contrato es la formalización del mismo en favor del adjudicatario, la cual supone la perfección del contrato (artículo 27.1 del TRLCSP). De hecho, la finalidad de la reforma operada en nuestra legislación contractual por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para introducir la perfección por la formalización (alterando así el criterio tradicional de la perfección por la adjudicación) era precisamente separar el acto por el que se selecciona, tras el correspondiente procedimiento, la oferta económicamente más ventajosa, del acto por el que se celebra el negocio jurídico, con la intención de que el primero, que ya reúne todos los elementos que luego tendrá el contrato perfeccionado, fuera recurrible por la vía del recurso especial antes de dicha celebración o perfección.
- 2) Consecuentemente con lo expresado en el apartado 1) anterior, una Resolución como la impugnada debe entenderse incluida entre los actos de trámite recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que decide “directa o indirectamente sobre la adjudicación” nada menos que privándola de su efecto más genuino, que es la formalización en favor del adjudicatario. En este sentido, es claro que la denegación ilegal o arbitraria de la formalización infringiría la legislación contractual porque impediría ilícitamente al adjudicatario obtener y ejecutar el contrato.
- 3) Esta interpretación es, además, la más consecuente con el efecto útil de la Directiva 89/665/CEE (cuya incorporación al Derecho interno son los artículos 44 y siguientes de la LCSP), según se interpreta esta norma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268 (ver, especialmente, los apartados 26 y 27), la cual establece que todas las decisiones de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sean susceptibles de infringirlas, estarán sujetas al control jurisdiccional previsto en la citada Directiva, sin distinguir entre ellas en función



de su contenido o del momento de su adopción. Análogo criterio se deduce de las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, EU:C:2005:5 (apartado 28 y jurisprudencia en él citada) y de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307; esta última admite expresamente el recurso de la Directiva 89/665/CEE contra una decisión posterior a la adjudicación y anterior a la perfección del contrato.

[Resolución 48/2022](#)

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso. Por su parte, el Ayuntamiento de Lemoa alega “cosa juzgada” indicando que la base que sustenta el actual recurso ya era conocida con anterioridad y pudo ser impugnada a propósito del recurso interpuesto por KIRLAN en fecha 15 de enero de 2021 por lo que concurre la identidad de objeto que caracteriza a la “cosa juzgada administrativa”. No obstante, y a juicio de este Órgano, no procede apreciar la vulneración de la “cosa juzgada” alegada por el Ayuntamiento de Lemoa, toda vez que el presente recurso se ha interpuesto contra una nueva adjudicación sustentada en un nuevo informe técnico de unos nuevos pliegos, y en el que no se aprecia la triple identidad que requiere el principio (de objeto, de causa y de partes entre el litigio anterior y el presente), pues la causa de pedir es diferente al referirse ahora a la legalidad y capacidad del informante técnico, cuando en el procedimiento anterior se impugnaba la adecuación a la legalidad del propio informe.

[Resolución 58/2022](#)

Por lo que se refiere a la Resolución solicitando una nueva oferta definitiva, no es un acto de trámite que decida directa o indirectamente sobre la adjudicación, determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, como establece el artículo 44.2 b) de la LCSP (los llamados “actos de trámite cualificados”), por lo que no se trata de un acto impugnabile. Por el contrario, este Órgano entiende que se trata de un acto de puro trámite tendente a la adjudicación del contrato, la cual sí es un acto impugnabile, precisamente contra el que se dirige EXCEM.



[Resolución 83/2022](#)

El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz alega que los actos de la Mesa de Contratación frente a los que se dirige el recurso no son actos de trámite cualificados susceptibles de recurso especial en materia de contratación, por lo que solicita la inadmisión del recurso presentado por AT CAPITAL. No obstante, la alegación del poder adjudicador no puede ser admitida, toda vez que este OARC / KEAO ha considerado que el acuerdo por el que se admite tácitamente la oferta presentada por otro licitador es un acto recurrible según el apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP, que señala como actos recurribles “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.” (ver, en este sentido la Resolución 14/2022 del OARC / KEAO).

[Resolución 202/2022](#)

Tanto el recurrente como el poder adjudicador dudan si el acto impugnado está comprendido o no en el ámbito objetivo del recurso especial, tal y como se delimita en el artículo 44.2 de la LCSP. A juicio de este Órgano, de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/1/2005, C-26/03. ECLI:EU:C:2005:5, apartados 33 y siguientes) se deduce una respuesta positiva a esta cuestión:

- 1) A los efectos de la Directiva 89/665, que regula los recursos en materia de contratación pública y cuya trasposición a nuestro ordenamiento figura en los artículos 44 a 60 de la LCSP, es recurrible cualquier acto de un poder adjudicador adoptado en relación con un contrato público sujeto a la Directiva 2014/24/UE y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública, pues así lo exige el efecto útil de la citada Directiva 89/665.



- 2) En este sentido, la decisión de no tramitar un procedimiento de adjudicación por entender que éste no es legalmente preceptivo es precisamente la primera decisión sujeta al control jurisdiccional.

[Resolución 14/2022](#)

La UPV/EHU alega que el acto de la Mesa contra el que Autocares Aizpurua S.L., ha presentado recurso es un acto de trámite que no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, ya que se limita a proponer al Órgano de contratación el requerimiento de documentación a la licitadora que ha obtenido la mayor puntuación en el Lote correspondiente. A pesar de que en el acta objeto de recurso se proponen los adjudicatarios de cada lote -lo cual forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público-, el acuerdo objeto del presente recurso también admite implícitamente la oferta presentada por otro licitador, lo que es un acto recurrible según el apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP, que señala como actos recurribles “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

[Resolución 25/2022](#)

El presente recurso formalmente impugna la adjudicación del contrato, por lo que, de conformidad con el artículo 44.2 c) de la LCSP, se está ante un acto recurrible. No obstante, se ha de señalar que el fondo del presente recurso se basa en la falta de acceso a la documentación declarada confidencial por el adjudicatario impugnado y a la que el recurrente pide acceder. Pues bien, la STJUE de 7 de septiembre de 2021 (asunto C-927/19), ha establecido que “la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega a un operador económico la comunicación de la información considerada confidencial que



figura en el expediente de candidatura o en la oferta de otro operador económico constituye un acto que puede ser objeto de recurso”. En consecuencia, la denegación de acceso a la solicitud de acceso al expediente por parte de un poder adjudicador es un acto autónomo susceptible de ser impugnado mediante la vía recurso del recurso especial.

[Resolución 73/2022](#)

La Resolución 140/2021 observa un vicio de forma en la decisión recurrida consistente en una motivación y justificación insuficiente limitándose a acordar su anulación y, si bien no acuerda expresamente la retroacción de actuaciones, ésta debe considerarse implícita o tácita, dado que dicha anulación no obedece a razones sustanciales o materiales. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el defecto formal se identifica con el procedimiento y con la exteriorización documental de la voluntad administrativa, por lo que la anulación de un acto por dichas razones no impide que la Administración dicte uno nuevo en los términos legalmente procedentes (si bien referido a la ejecución de sentencias, ver en este sentido la STS de 22 de diciembre de 2020 ECLI:ES:TS:2020:4401). Consecuentemente, cabe la retroacción del procedimiento al objeto de subsanar el vicio formal. En el supuesto que nos ocupa, la motivación adoptada tras retrotraer actuaciones ha sido ampliada con nuevos motivos y robustecida con justificaciones. Consecuentemente, no nos hallamos ante el incidente de ejecución al que se refiere el artículo 36.3 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 al que indirectamente parece aludir el recurrente, sino ante un recurso especial frente a un nuevo acto administrativo, por lo que no cabe oponer a este nuevo acto la excepción de cosa juzgada y procede analizar la justificación en él aportada de la motivación aducida en el primer acuerdo de no formalizar el contrato y los nuevos motivos.

[Resolución 93/2022](#)

Por lo que se refiere a la impugnabilidad del acto, este OARC / KEAO ha venido señalando (ver, por ejemplo, su Resolución 31/2016) que la renuncia a la adjudicación o a la celebración del contrato es un acto susceptible de recurso especial por exigirlo



así una interpretación coherente y finalista del artículo 44.2 de la LCSP, cuyo objetivo es la trasposición de la legislación de la UE sobre la materia; téngase en cuenta que, 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 la renuncia, 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 de la UE, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la legislación europea tenga un «efecto útil». En este sentido, «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 STJUE de 18/6/2002, ECLI: EU: C: 2002: 379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55 y, en el mismo sentido, las Resoluciones 88/2013 y 20/2014 del OARC / KEAO).

[Resolución 154/2022](#)

Si bien la recurrente impugna formalmente la resolución de adjudicación (por ser el primer y único acto de la licitación del que ha tenido conocimiento mediante su publicación en el perfil del contratante el día 20 de mayo) materialmente se está recurriendo el procedimiento de adjudicación llevado a cabo, es decir, se impugna que se haya seguido el procedimiento negociado sin publicidad que se contempla en el artículo 168.2 a) de la LCSP, basado en la existencia de un derecho exclusivo de EXCOPESA.

[Resolución 005/2024](#)

El poder adjudicador entiende que el recurso debe inadmitirse por referirse a un acto no incluido en el ámbito objetivo del recurso especial descrito en el artículo 44.2 LCSP; en particular, se alega que un acuerdo de prórroga como el recurrido se inserta en la fase de ejecución del contrato y no en la de fase de preparación y adjudicación del



mismo. Por el contrario, SAMYL afirma que la citada prórroga equivale, en realidad, a una nueva adjudicación del contrato, la cual sí puede ser objeto del recurso especial. A juicio de este Órgano, de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/1/2005, C-26/03. ECLI:EU:C: 2005:5, apartados 33 y siguientes) se deduce una respuesta favorable a la admisión del recurso (ver también la Resolución 202/2022 del OARC / KEAO):

- 1) A los efectos de la Directiva 89/665, que regula los recursos en materia de contratación pública y cuya trasposición a nuestro ordenamiento figura en los artículos 44 a 60 de la LCSP, es impugnabile cualquier acto de un poder adjudicador adoptado en relación con un contrato público sujeto a la Directiva 2014/24/UE y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública, pues así lo exige el efecto útil de la citada Directiva 89/665. En este caso, el recurso se basa, fundamentalmente, en la alegación de que el acto impugnado se presenta formalmente como una prórroga de la vigencia del contrato de las previstas en el artículo 29.4 LCSP cuando, en realidad, bajo esta apariencia legal existe una nueva adjudicación (acto claramente incluido en el ámbito objetivo del recurso especial) sin procedimiento previo alguno.
- 2) La decisión de no tramitar un procedimiento de adjudicación por entender que éste no es legalmente preceptivo es precisamente la primera decisión sujeta al control jurisdiccional. En este caso, el poder adjudicador ha adoptado una prórroga forzosa de la vigencia de un contrato por entender que estaba amparado por el artículo 29.4 LCSP.
- 3) Por otro lado, debe señalarse que, según una reiterada doctrina (expuesta, por ejemplo, en las Resoluciones 49/2013, 74/2013, 16/2014 y 21/2015 del OARC / KEAO y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26/7/2015, nº 330/2017, ECLI:ES:TSJPV:207:2727) este Órgano, 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 dada por el órgano de contratación,



sino que debe atender a la naturaleza del negocio jurídico y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual.

[Resolución 161/2024](#)

La Resolución 234/2023 del OARC / KEAO imponía al poder adjudicador la obligación de motivar adecuadamente las puntuaciones otorgadas a los licitadores en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor en el marco del respeto a: (i) los aspectos de las ofertas ya seleccionados como relevantes y (ii) la puntuación ya otorgada a cada oferta, limitándose únicamente a expresar los juicios de valor que, en coherencia con ambas cuestiones, conducen al resultado final.

El poder adjudicador ha ejecutado la Resolución 234/2023 en los términos especificados, lo que le impedía modificar la puntuación inicialmente asignada a las ofertas. Ahora bien, ello no implica que, a la vista de la motivación aportada en ejecución de la Resolución, el recurrente no pueda impugnar la valoración efectuada sobre la base de la justificación que soporta la nueva adjudicación ni que este Órgano no pueda entrar a analizar si el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica que le asiste en el momento de la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. No cabe admitir la impugnación de aspectos que pudieron haber sido recurridos a propósito de la primera resolución de adjudicación.

[Resolución 167/2024](#)

Si bien el acto formalmente recurrido es el acuerdo de ratificación del acuerdo de desestimación de solicitud de ampliación de plazo adoptado por la mesa de contratación en el proceso de licitación de la asistencia técnica del servicio de centro de día para personas mayores del Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano, en sesión celebrada el día 8 de marzo de 2024, lo que en realidad se recurre es la imposibilidad de participar en el procedimiento de adjudicación, acto impugnabile de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.b) de la LCSP.

[Resolución 176/2024](#)



(...) tanto el Ayuntamiento de Bilbao como CAMPEZO consideran que el recurso ha de ser inadmitido, por cuanto que el acto impugnado no es recurrible. Este OARC/KEAO no puede estimar esa alegación, ya que, lo que materialmente y formalmente se recurre es la exclusión de la oferta de PROMUZA acordada por la mesa de contratación en su sesión de fecha 26 de marzo de 2024, en cuya acta consta que “(...) la Mesa determina que los licitadores que quedan excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido, resultan los siguientes: PROMUZA 2007 SL (...)”, así como que “(...) Contra esta Acta, los interesados podrán interponer recurso especial en materia de contratación, en el plazo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente a su publicación en el perfil de contratante (...)”. Por ello, el interesado que sigue la indicación que hace la Administración sobre el recurso, plazo y lugar de interposición de un acuerdo no puede verse perjudicado, ni el poder adjudicador ir contra sus propios actos, pues aquella decisión implicó que la recurrente quedara materialmente fuera de la licitación (no se abrió su sobre C).

[Resolución 173/2024](#)

No cabe aceptar la alegación del poder adjudicador, que solicita la inadmisión parcial del recurso, concretamente de la pretensión de exclusión de la oferta de GIROA, alegando que la propuesta de la Mesa de Contratación determinando la clasificación de las ofertas no es un acto impugnabile. A juicio de este Órgano, la valoración de la oferta recurrida supone su admisión tácita porque implica que su contenido se ha considerado legalmente adecuado, por lo que sí cabe contra dicha admisión la interposición del recurso especial. Debe tenerse en cuenta que la LCSP establece que la admisión de ofertas es un acto impugnabile, pero no especifica que dicha admisión se plasme en un acto expreso. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de la que se deduce, en síntesis, que la decisión por la que un poder adjudicador deniega, aunque solo sea implícitamente, la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación debe poder ser impugnada necesariamente por cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que haya sido o haya podido resultar perjudicada por una infracción legal (ver los apartados 62 de la STJUE de 21/12/2023, asunto C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016 y 143 de la STJUE de 7/9/2021, C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700).



[Resolución 208/2024](#)

El poder adjudicador considera que el recurso debe ser inadmitido por no existir ninguno de los actos recurribles relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP. Opone a la recurrente, que sostiene que el Ayuntamiento ha acordado inadmitir su oferta a los lotes 1 y 2 por no remover los obstáculos técnicos de la plataforma de contratación que le impidieron la presentación de la oferta a los lotes 1 y 2 en tiempo y forma, que tal decisión no ha sido adoptada ni por la Mesa de contratación ni por el órgano de contratación ni ha habido problema técnico alguno en la plataforma que impidiera la presentación de la oferta.

A juicio de este Órgano esta alegación del Ayuntamiento debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) A los efectos de la Directiva 89/665 (en adelante, “Directiva de recursos”), que regula los recursos en materia de contratación pública y cuya trasposición a nuestro ordenamiento figura en los artículos 44 a 60 de la LCSP, es impugnabile cualquier decisión de un poder adjudicador adoptado en relación con un contrato público sujeto a la Directiva 2014/24/UE y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública, por así exigirlo el efecto útil de la citada Directiva 89/665 (por analogía y en lo relativo a la decisión de contratar, ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/1/2005, C-26/03. ECLI:EU:C:2005:5, apartados 33 y siguientes). En este caso, la imposibilidad de poder participar en el procedimiento de adjudicación por no permitírsele la herramienta de licitación electrónica comporta los mismos efectos que los de una exclusión del procedimiento de contratación: un licitador que quiere participar en un procedimiento de adjudicación para obtener el contrato se ve privado de la posibilidad de enviar su oferta.
- 2) El artículo 1, apartados 1 y 3 de la Directiva 89/665 establece que (“Directiva de recursos”) toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control previsto en la citada norma y



los Estados miembros velarán porque se ofrezca acceso a procedimientos de recurso, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. La “Directiva de recursos” no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de “Decisión”, lo que ha motivado que la jurisprudencia europea considere como tal la admisión de una oferta (ver, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2017, asunto C 391/15 Marina del Mediterráneo, S.L. y otros ECLI:EU:C:2017:268) o la decisión de contratar (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, asunto C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, apartados 28 y 33 y, por todas, la Resolución 58/2024). Consecuentemente, toda decisión de un poder adjudicador expresa o tácita, que sea susceptible de infringir las normas sobre contratación pública, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en la “Directiva de recursos”.

1.4. Contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial

1.4.1. Contratos incluidos

[Resolución 112/2018](#)

El contrato cuyos pliegos se recurren está configurado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) como un contrato mixto de suministro y obras. El artículo 18.1 a) de la LCSP establece que la regla general para determinar las normas que han de regir la adjudicación de un contrato mixto que comprenda prestaciones propias del contrato de obras y suministros es la del carácter de la prestación principal. En el presente caso, la prestación principal es el suministro de las luminarias y la accesoria las obras de instalación. De este modo, y atendiendo al artículo 44.1 a) de la LCSP que prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros, el presente contrato se encuentra sujeto a este recurso.

[Resolución 234/2024](#)



La denominación del contrato induce a confusión sobre su correcta calificación jurídica. Por un lado, se habla de “concesión administrativa”, y por otro, de “prestación de servicios de hostelería autorizados por el Ayuntamiento”, lo que puede hacer dudar sobre la naturaleza del contrato y, consecuentemente, sobre la competencia de este Órgano para resolver el recurso. Debe tenerse en cuenta que el ámbito del recurso especial, regulado en los artículos 44 y siguientes de la LCSP y cuya resolución corresponde al OARC / KEAO, incluye los contratos de servicios y las concesiones de servicios, pero no las concesiones administrativas y otros negocios patrimoniales sobre bienes inmuebles (artículo 9.1 LCSP). Por lo tanto, debe analizarse el contrato impugnado para determinar su correcta calificación jurídica al único efecto de determinar la competencia de este Órgano (ver, por ejemplo, la Resolución 21/2015 del OARC / KEAO y la sentencia del TSJPV de 26/7/2017, ECLI:ES:TSJPV:2017:2727).

a) Sobre la condición de contrato patrimonial

Según la Cláusula 1 del Pliego condiciones jurídicas y económico administrativas (PCJEA), el objeto contractual consiste en la regulación de las condiciones relativas a la concesión administrativa de ocupación del edificio nº 2 de la Playa Antilla de Orio para la prestación de los servicios de hostelería autorizados por el Ayuntamiento. Por otra parte, si bien el contrato no lo especifica, de la estructura de la obligación diseñada se desprende que la remuneración que percibirá el contratista por la ejecución del contrato será la obtenida de la explotación de la actividad comercial de servicios de restauración (cláusula 5), debiendo abonar el adjudicatario al poder adjudicador una cantidad en concepto de canon de explotación (cláusula 13), cuyo importe es criterio de adjudicación (cláusula 11). A todo ello se debe sumar que una de las obligaciones del adjudicatario, junto con la prestación del servicio de bar – restaurante adaptado al entorno (cláusula 7.1 del Pliego de prescripciones técnicas, PPT) es la dinamización cultural de la playa (cláusula 7.2 del PPT). Consecuentemente, se puede afirmar que la finalidad del contrato es obtener una prestación que permita ofrecer un servicio a los usuarios de la playa, junto con la fijación de condiciones especiales de ejecución de tipo social y medioambiental (cláusula 11.2.b del PCJEA), así como fijar diversas condiciones de prestación, como las relativas a productos o precios máximos. Todo ello lleva a descartar que se pueda incluir el negocio dentro de la categoría de los contratos



patrimoniales a los que se refiere el artículo 9 LCSP, los cuales se caracterizan porque en ellos el poder adjudicador no pretende la adquisición de servicio alguno, sino tan solo regular el derecho de un operador económico a explotar determinados recursos de carácter público, sin contratar obras o servicios específicos (ver la Resolución 91/2016 del OARC / KEAO y los apartados 44 a 48 de 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, que se remiten también a las STJUE 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).

b) Sobre la condición de concesión de servicios

Una vez descartada la naturaleza patrimonial del contrato, ha de determinarse si se trata de un contrato de servicios o de una concesión de servicios. Debe recordarse que lo que distingue al primero de la segunda no es su objeto, que en ambos casos es la adquisición de un servicio, sino la contraprestación, que en el primero es un precio y en el segundo consiste en el derecho a explotar el servicio (acompañado o no de un precio) siempre y cuando además se traslade el «riesgo operacional» al adjudicatario en el sentido definido en el artículo 15.2 de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO).

Al respecto, se observa que en la cláusula 6 del PCJEA se obliga al adjudicatario a efectuar una inversión mínima de 75.000€, IVA no incluido, durante los 15 años de vigencia de la concesión y de 25.000 € en el caso de acordarse la ampliación del plazo de la concesión (5 años), mientras que la cláusula 3 establece que el riesgo y ventura es del concesionario, quien no tendrá derecho a reclamar del Ayuntamiento medidas para garantizar el equilibrio económico en la utilización de los bienes que integran la concesión, y que la única exención para suspender el abono del canon es la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor. De lo transcrito se desprende que existe un riesgo de demanda (artículo 15 en relación con el 14.4, ambos de la LCSP), dado que no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten los servicios objeto del contrato en número suficiente para la obtención de beneficios. En este sentido, se puede afirmar que, a la vista de los datos que constan en el



expediente, el contrato impugnado tiene las notas características de la concesión de servicios (ver, en este sentido, la Resolución 16/2014 y también la Resolución 102/2017 del OARC / KEAO).

1.4.2. Contratos no incluidos

[Resolución 172/2018](#)

En el informe del Ayuntamiento y en tres de los escritos de alegaciones se plantea la inadmisión del recurso por ser su objeto un contrato patrimonial excluido del ámbito objetivo del recurso especial (artículo 55 c) de la LCSP). Este planteamiento debe aceptarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) La cláusula segunda del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige el contrato al que se refiere el recurso establece que el objeto del contrato es “la enajenación, mediante procedimiento abierto, de la parcela edificable denominada SI-1, de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 del Área Mixta de Zorrotzaurre de Bilbao, propiedad del Ayuntamiento de Bilbao”.
- 2) El artículo 9.2 de la LCSP excluye del ámbito de aplicación de dicha Ley, entre otros, los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. Por su parte, el artículo 44.1 a) de la LCSP no incluye entre los contratos comprendidos en el ámbito objetivo del recurso especial los contratos patrimoniales.
- 3) En consecuencia con los dos apartados anteriores, el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 c) de la LCSP, pues se dirige contra un contrato no sujeto al recurso especial; en particular, no puede entenderse que se trate de un contrato de obras. El artículo 13.1 de la LCSP, en línea con el Considerando 9 y artículo 2.1.6 de la Directiva 2014/24/UE, establece que son contratos de obras los que tienen por objeto bien la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del



sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra. Sobre el requisito de la influencia decisiva, la Resolución 59/2015 del OARC / KEAO señaló que requiere que las obras deben responder a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, que adopta las medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto, las cuales deben enmarcarse en una relación contractual, y no en el uso de potestades administrativas generales, como las atribuidas a los municipios en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística³ (ver los apartados 67 y 69 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168). Llegados a este punto, no se observa que el objeto del contrato pueda considerarse un contrato público de obra. Así, aunque la cláusula vigesimoprimera del PCAP establece la obligación de entrega al poder adjudicador de un local construido conforme a ciertas características por él definidas, el artículo 18.2 a) de la LCSP impide la aplicación de la legislación contractual al procedimiento de adjudicación, ya que dicha entrega es accesoria respecto a la prestación principal, que no es otra que la venta de un terreno destinado a la futura construcción de viviendas de protección pública. Por otro lado, por más que el PCAP contenga menciones al necesario respeto a la normativa en materia de viviendas de protección pública o incluya ciertos aspectos relativos a la futura edificación de la parcela o a la promoción de viviendas entre los criterios de adjudicación o solvencia, e incluso fije un plazo máximo para la ejecución de dicha promoción⁴, ninguna de estas estipulaciones conlleva un encargo al adjudicatario para que ejecute una obra, sino que se trata tan solo de cláusulas accesorias a un negocio jurídico patrimonial (ver, por ejemplo, el artículo 111.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

[Resolución 162/2021](#)

³ Ver, por ejemplo, el artículo 17.1.9) de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

⁴ Ver las cláusulas segunda, undécima, decimoquinta y vigesimoprimera del PCAP.



Inicialmente, ha de analizarse si el recurso debe inadmitirse por tratarse de un negocio jurídico excluido del ámbito de la LCSP y, por lo tanto, no ser de aplicación la normativa sobre el recurso especial (artículos 44 y siguientes de LCSP). La apreciación del OARC / KEAO sobre esta cuestión debe partir del contraste de la normativa sobre contratación pública con el objeto del contrato impugnado (artículo 1 del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares, PCAP):

“1.-OBJETO DEL CONTRATO

Es objeto del presente Pliego es la enajenación de los aprovechamientos forestales mediante “corta a hecho de pino insignis” en el M.U.P. Nº 40, en el termino de Askigorta-Mastondo, que a continuación se detalla, de acuerdo con el Pliego de condiciones facultativas que se une a la presente. La autorización del citado aprovechamiento ha sido otorgada mediante Orden Foral del Diputado Foral de Agricultura de Álava

Se trata de un aprovechamiento mediante corta a hecho del M.U.P. nº 40, en el término de Askigorta-Mastondo, de 4.487 pies de “pino insignis” en 18,40 ha. De la unidad de gestión 2.3 y parcelas 2274 y 2275, con un volumen de 4.548 m³ ¼ y tasado en la cantidad de 195.813,33€ IVA no incluido, a riesgo y ventura

El contrato definido tiene la calificación de contrato privado, tal y como establece el artículo 4.1.p) del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP)”.

El artículo 9 de la LCSP excluye del ámbito de esta norma determinados contratos patrimoniales que, en principio, satisfacen la definición general de “contrato público” contenida en el artículo 2.1 LCSP, caracterizada por las notas de onerosidad y bilateralidad. En concreto, el artículo 9.1 de la LCSP establece que «Se encuentran excluidas de la presente 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 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley». El apartado segundo del referido artículo 9 dispone que “quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas”.



Llegados a este punto, la cuestión central es determinar si el objeto del contrato tiene las notas propias de los contratos sujetos a la LCSP, y en concreto, al recurso especial (artículo 44.1 LCSP), o si concurren en él las características propias de los contratos patrimoniales excluidos de ella. Los dos posibles tipos 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 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, transpuesta por la LCSP, 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 enajenación de aprovechamientos forestales para que los explote un particular (punto primero PACP). En este sentido, el artículo 34.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, dispone que los aprovechamientos



en los montes del dominio público forestal podrán ser enajenados por sus titulares en el marco de lo establecido en la legislación patrimonial que les resulte de aplicación.

Consecuentemente, el recurso debe inadmitirse por no ser su objeto uno de los contratos comprendidos en el artículo 44.1 LCSP y, en consecuencia, procede su remisión a la Junta Administrativa de Menagarai-Beotegi a los efectos procedentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 44.6 de la LCSP.

1.5. Poderes adjudicadores sujetos a la competencia del OARC/KEAO

1.5.1. Junta de Concertación de Zorrotzaurre

[Resolución 85/2018](#)

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Junta de Concertación de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 de Zorrotzaurre tiene la condición de poder adjudicador aunque no de administración pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP. Esta conclusión, que no es discutida por el poder adjudicador, se deriva de que (i) la Junta de concertación tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar (art. 163.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo), (ii) tiene naturaleza administrativa y actúa sometida a la tutela del Ayuntamiento de Bilbao (art. 2.2 de sus estatutos) con quien colabora en la ejecución del planeamiento, y quien revisa los acuerdos de los órganos de la Junta (artículo 15 de sus estatutos) y (iii) varios entes del sector público son los que los que nombran a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración; en concreto, el Consejo Rector está formado por un Presidente, que es el Director general de VISESA (perteneciente al sector público de la CAE) y de sus seis vocales, dos pertenecen al Ayuntamiento de Bilbao y otros dos a la Administración general de la CAE y la participación de las administraciones públicas o sector público asociado a ellas en la Junta de concertación asciende al 63,2699%.



1.5.2. BIZKAIKOA no está sujeta al OARC/KEAO

[Resolución 191/2019](#)

El recurso especial objeto de la presente resolución se interpone frente al pliego de prescripciones técnicas que ha de regir el contrato de “Servicio de coordinación, programación y planificación de las labores para el funcionamiento de la Ferrería el Pobal, el Castillo de Muñatones y la Fábrica-Museo La Encartada, tramitado por BIZKAIKOA EPEF. De acuerdo con la información obtenida en la dirección web de la sociedad, BizkaikOA es una entidad pública empresarial de la Diputación Foral de Bizkaia, cuyo objeto social es promover la difusión del patrimonio cultural de Bizkaia, su sensibilización y fomento social, su gestión coordinada y bajo un prisma de eficiencia en la disposición de recursos, así como su preservación, conservación, salvaguarda, difusión y fomento de cara a las generaciones venideras. La letra a) del artículo 3.2 de la LCSP 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. Según el artículo 2 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 31/2018, de 13 de marzo, por el que se regula el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales corresponde al mismo el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos en los que sea parte la Diputación Foral de Bizkaia, su Administración Institucional y sus Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control. Consecuentemente, al ser el OARC incompetente para conocer del recurso procede inadmitirlo, de conformidad con lo preceptuado en la letra a) del artículo 55 de la LCSP.

1.5.3. El Instituto Foral de Bienestar Social no está sujeto al OARC/KEAO

[Resolución 221/2019](#)

El recurso especial objeto de la presente resolución se interpone frente al pliego de prescripciones técnicas que ha de regir el contrato de “Servicio del Centro de Acogida y Urgencias IBAIA”, tramitado por el Instituto Foral de Bienestar Social, que es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Servicios Sociales de la Diputación



Foral de Álava. La letra a) del artículo 3.2 de la LCSP 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. Según el artículo 2.1 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Álava 44/2010, por el que se regula el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales, corresponde al mismo el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control. Consecuentemente, al ser el OARC incompetente para conocer del recurso procede inadmitirlo, de conformidad con lo preceptuado en la letra a) del artículo 55 de la LCSP.

1.5.4 La Diputación Foral de Bizkaia no está sujeta al OARC / KEAO

[Resolución 208/2023](#)

La Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre de 2011 creó el OARC/KEAO, 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 exclusión de la oferta de LORPELAND, S.L. del contrato de “Vestuario con destino al personal del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Diputación Foral de Bizkaia”, tramitado por la Diputación Foral de Bizkaia.

La letra a) del artículo 3.2 de la LCSP 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. Según el artículo 2 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 31/2018, de 13 de marzo, por el que



se regula el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, corresponde al mismo el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos en los que sea parte la Diputación Foral de Bizkaia, su Administración Institucional y sus Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control. Consecuentemente, al ser el OARC / KEAO incompetente para conocer del recurso procede inadmitirlo, de conformidad con lo preceptuado en la letra a) del artículo 55 de la LCSP.

1.6. Otras cuestiones procesales

1.6.1. Desistimiento de la solicitud de medidas provisionales de forma previa a la interposición del recurso especial

[Resolución 13/2019](#)

ÚNICO: El artículo 49 de la LCSP posibilita la solicitud y adopción de medidas cautelares antes de interponer el recurso especial en orden a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, si bien decaerán una vez transcurrido el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

En el supuesto que nos ocupa, el solicitante de la medida cautelar manifiesta que desiste de su petición y su voluntad de posponer la eventual interposición del correspondiente recurso especial en materia de contratación a un momento posterior del procedimiento de adjudicación.

Si bien la LCSP no contempla expresamente la finalización del procedimiento de recurso especial ni de sus procedimientos incidentales mediante el desistimiento, el artículo 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA), aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que Pondrán



fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, 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.

Por su parte, en lo que respecta al desistimiento, los apartados 4 y 5 del artículo 94 de la Ley 39/2015 establecen que 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 y que 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.

Este Órgano no observa la concurrencia de razones de interés general ni ninguna otra de las salvedades previstas en los apartados del artículo mencionado en el párrafo anterior que hagan conveniente su sustanciación, con lo que entiende que procede admitir el desistimiento y declarar concluso el procedimiento.

1.6.2. Tramitación del recurso conforme a su verdadera naturaleza

[Resolución 17/2019](#)

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y, si bien el recurrente lo ha denominado “recurso de alzada”, debido a que el poder adjudicador ha dado este pie de recurso en la notificación del acuerdo de exclusión, ello no obsta a su tramitación conforme a su verdadero carácter, según dispone el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, norma por la que se rige el procedimiento del recurso especial en materia de contratación, a salvo de las especialidades establecidas en el artículo 56 y siguientes de la LCSP.

[Resolución 025/2024](#)

El poder adjudicador solicita la inadmisión del recurso por la indebida calificación dada por la recurrente al recurso al que ha denominado “Recurso de reposición”. No cabe aceptar esta alegación porque de acuerdo con el art. 115.2 de la Ley 39/2015, “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”. Examinado el recurso, se observa el motivo impugnatorio es que se declare nulo o se modifique un requerimiento del PCAP relativo a la solvencia técnica por ser contrario al artículo 74 LCSP, es decir, la pretensión principal del recurrente es que se anule o modifique determinada cláusula del PCAP y que se sustituya por otra u otras que considera ajustadas a la normativa aplicable. Asimismo, el contrato y el acto objeto de impugnación están, como veremos más adelante, dentro de los que el artículo 44 LCSP considera objeto de recurso especial en materia de contratación, por lo que su tramitación y resolución es competencia de este OARC / KEAO, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 LCSP.

1.6.3. Incumplimiento de la obligación de no adoptar decisiones mientras el procedimiento esté suspendido con ocasión de un recurso especial

[Resolución 65/2019](#)

(...)

- 3) La modificación del cuadro del Anexo II.2 del PCAP se publicó en el perfil de contratante el 31 de agosto de 2018, cuando el procedimiento de adjudicación se hallaba suspendido por la Resolución B-BN 29/2018, de 27 de julio, de este OARC/KEAO como consecuencia de la medida provisional adoptada para preservar el efecto útil del recurso especial interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro (de la que se informó a través de una nota en el propio perfil de contratante) pero que, sin embargo, no afectaba al plazo de presentación de ofertas, que finalizaba el 7 de septiembre de 2018; fecha en la que el procedimiento de adjudicación se hallaba aún suspendido pues la medida provisional fue levantada por la Resolución 124/2018 de 28 de septiembre. Consecuentemente, el poder adjudicador incumplió su obligación de no adoptar decisión o actuación alguna mientras durara la suspensión. Esta actuación supone una infracción del principio de seguridad jurídica, ya que supone un incumplimiento de la garantía de que las condiciones a las que se debe sujetar la oferta serán las especificadas y aprobadas antes de la suspensión del procedimiento.



Consecuentemente, una actuación como la efectuada por el poder adjudicador resulta contraria al principio de transparencia y al de seguridad jurídica lo cual supone que la información contenida en el cuadro publicado el 31 de agosto de 2018 no le puede ser opuesta a la recurrente y, por consiguiente, el que su oferta no se ajuste a dicha información no pueda ser la causa de exclusión de su propuesta contractual. b) Sobre el requerimiento de subsanación y su

1.6.4. “Adhesión al recurso”

[Resolución 91/2019](#)

Por lo que se refiere al escrito de “adhesión al recurso” presentado por UHINA, debe señalarse que tal figura no existe en la regulación del recurso especial. Por otro lado, por mucho que el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establezca 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, lo cierto es que el citado escrito no satisface ni siquiera los requisitos que el artículo 51.1 de la LCSP establece para el escrito de interposición del recurso especial; en particular, no concreta el motivo que fundamenta la impugnación, pues únicamente consta una remisión genérica a que los motivos de la exclusión de UHINA son los mismos que los del recurso de GEODA y que se adhieren a él. Como mucho, ello serviría para identificar los términos jurídicos del debate, pero no los hechos particulares del caso ni la aplicación de aquellos a estos últimos. Consecuentemente, se trata en realidad más de un intento de que, previa denuncia (artículo 62 de la Ley 39/2015), este Órgano inicie un procedimiento sobre hechos que solo se mencionan muy vagamente, que, de un auténtico escrito impugnatorio, por lo que no corresponde al OARC / KEAO pronunciamiento alguno al respecto.

1.6.5. “Alegaciones complementarias” que tienen la naturaleza de un nuevo recurso



[Resolución 219/2019](#)

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son impugnables los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la exclusión de ofertas; en este caso se recurre el acuerdo de la Mesa de Contratación de 12 de septiembre de 2019 (notificado el 23 de septiembre) por el que se excluye la proposición de la UTE KBUS. Las Alegaciones complementarias incluyen también la impugnación de la admisión de la oferta de la UTE BARAKALDO BUS; a juicio de este Órgano, la verdadera naturaleza jurídica de esta pretensión es la de un recurso especial contra un acto distinto del planteado en el escrito «principal» del día 10 de octubre, por lo que se tramitará en un procedimiento distinto (EB 2019/201), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

1.6.6 Acreditación de la representación

[Resolución 93/2019](#)

Consta en el expediente la representación de Dña. I.E.E., que actúa en nombre de ELA. Alega el poder adjudicador que falta la acreditación del acuerdo expreso de entablar la acción de acuerdo con las normas o estatutos del sindicato. En definitiva, se alega que se ha omitido la adopción, por medio del órgano competente, de un acuerdo o decisión específica ordenando la interposición del recurso especial en materia de contratación contra los pliegos impugnados, como exige el artículo 45.2 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para interponer el recurso contencioso administrativo.

En su Resolución 051/2016 el OARC/KEAO concluyó que la presentación del referido documento no es preceptiva para la interposición del recurso especial. La argumentación contenida en esta resolución, si bien referida al derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resulta plenamente aplicable con la LCSP. En particular:



- El artículo 51.1 a) de la LCSP, que establece los documentos que deben acompañar al recurso, en su letra a), que tiene igual redacción que el derogado artículo 44.4. a) del TRLCSP, únicamente exige que se presente el documento que acredite la representación del compareciente.
- 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 y no menciona la obligación de presentar documento adicional alguno.
- Conforme al artículo 56.1 de la LCSP el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA,) la cual, al igual que la derogada Ley 30/1992, tampoco exige este requisito para la presentación de los recursos administrativos (artículos 115 y 116).

Consecuentemente, no figurando de forma expresa ni en la LCSP ni en la LPA la presentación del acuerdo o decisión específica del órgano competente ordenando la interposición del recurso especial, no resulta preceptiva su solicitud ni se puede basar la inadmisión del recurso en su omisión. Téngase en cuenta que la garantía del “efecto útil” del recurso especial impide exigir mayores requisitos procesales para su ejercicio que los exigidos en las normas que lo regulan, y que, como recurso administrativo que es, se caracteriza por su antiformalismo.

[Resolución 198/2024](#)

Consta en el expediente la representación de M.P.N., que actúa en nombre y representación de LAB. Debe descartarse la alegación de Osakidetza, que afirma que



no puede comprobarse la “legitimidad para la interposición del recurso” de la persona apoderada porque el escrito de impugnación es un documento “Word”, fácilmente manipulable. Para la interposición del recurso mediante el acceso a la aplicación informática de este Órgano, la citada persona ha tenido que identificarse mediante un certificado digital que, en este caso, se corresponde con los datos identificativos que constan en el escrito de recurso y en la escritura de apoderamiento otorgada por la entidad recurrente y aportada junto con el escrito de recurso. Por otro lado, el documento no puede alterarse por el interesado una vez que se ha presentado.

1.6.7. Sobre el acceso al expediente

[Resolución 50/2019](#)

La solicitud de acceso al expediente se halla regulado en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por la 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. 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, como indica, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) 436/2017; para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por 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. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución nº 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido



de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. En concreto y en el presente caso, el reproche se refiere a que no se le ha facilitado el acceso al expediente por parte del poder adjudicador. Este afirma que no tuvo conocimiento de dicha solicitud hasta la interposición del propio recurso, dado 11/13 que la aplicación de licitación electrónica, medio por el que se realizó la solicitud, carece de un sistema de alertas que permita conocer en todo momento las comunicaciones con los licitadores. Al margen de dicha justificación, lo cierto es que el órgano de contratación tiene la obligación de poner de manifiesto el expediente a los interesados que lo soliciten con el límite del derecho a la confidencialidad de las ofertas previsto en los artículos 56.5 y 133 de la LCSP. No obstante lo anterior, este Órgano resolutorio viene señalando también que la denegación del acceso al expediente solo se puede considerar una irregularidad relevante 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), de modo que si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP, como ocurre en el presente caso, no puede alegarse dicha indefensión. En este sentido, en el expediente consta que, en el perfil del contratante del poder adjudicador, con anterioridad al vencimiento del plazo de recurso, se han publicado los informes y actas relativas al procedimiento de licitación en las que se recogen, siquiera sintéticamente, las aclaraciones presentadas por las adjudicatarias y a las que el recurrente pretende acceder lo que, a su vez, ha permitido al recurrente formalizar un recurso debidamente fundado. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras, a las que GERTEK también pretende acceder, no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora, como señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 329/2016, de 22 de diciembre. Finalmente, no se ha acreditado el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que esta denegación de acceso al expediente ha podido suponer, sobre todo a la vista de que en la notificación del



acuerdo de adjudicación se menciona que los informes técnicos (motivación in aliunde), suficientemente motivados a juicio de este Órgano, se encuentran publicados en el perfil del contratante. En definitiva, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a su petición de acceso al expediente (ver, en este sentido Resolución 37/2018 del OARC/KEAO).

[Resolución 57/2019](#)

El recurrente ha solicitado acceso a las ofertas del contrato al objeto de poder ampliar el recurso. Este OARC/KEAO considera que no procede dar cauce a esta petición porque la recurrente solicita acceso a una información facilitada por sus competidores que él mismo ha considerado que es confidencial (recursos humanos, plan de mantenimiento preventivo, plan de mantenimiento predictivo y plan de mantenimiento correctivo) y porque ha podido presentar un recurso fundado en derecho con argumentos suficientes derivados de la motivación obrante en los diferentes informes y documentos del expediente de contratación a los que ha tenido acceso (en relación con la motivación y el acceso al expediente, ver las Resoluciones 047/2015, 130/2015 y 90/2017 del OARC / KEAO).

[Resolución 178/2019](#)

(...) la petición solo menciona expresamente dos documentos (o tipos de documentos), que no pertenecen a la oferta de la UTE adjudicataria sino que se refieren a actuaciones del procedimiento de adjudicación:

1) Por lo que se refiere al acta de la reunión del 18 de julio en la que se decidió la adjudicación del contrato, en el expediente consta la Resolución de adjudicación de dicha fecha, dictada por la Comisión Delegada del Consejo de Administración de ETS; consta igualmente que la Resolución fue remitida a los componentes de la UTE recurrente con fecha 22 de julio (de hecho, la UTE recurrente la adjunta al escrito de recurso). En ella solo hay una mención al debate objeto del presente recurso, la cual señala brevemente que “en aplicación de los principios básicos de la normativa de contratación pública y los criterios que establece la jurisprudencia considera que el plazo de la oferta presentada es de 37 meses, en vez de los 41 meses que también fueron indicados en la documentación incluida en el sobre B, de conformidad al escrito presentado por los integrantes de esta UTE con fecha 7 de junio



de 2019”. Existe también un documento denominado “Acta de la sesión de la Comisión Delegada del Consejo de Administración en materia de contratación, celebrada el 18 de julio de 2019”, que solo trata del contrato impugnado en su punto 6.1 y simplemente para dar cuenta de que se ha acordado su adjudicación en los mismos términos contenidos en la Resolución anteriormente citada.

2) En cuanto a “los informes o documentos internos generados en el seno del órgano de contratación a raíz del escrito presentado por la adjudicataria para tratar de aclarar determinados extremos de su oferta”, no consta en el expediente remitido a este Órgano ningún documento que satisfaga esta descripción. A la vista de todo ello, no consta qué aportaría a la correcta elaboración o compleción del recurso (finalidad del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP y en el RPE) el acceso solicitado; por el contrario, es claro que el recurso está ampliamente fundado, lo que denota que la recurrente ha obtenido información suficiente de los documentos del expediente a los que ha podido acceder y de la propia motivación del acto impugnado para plantear los términos del debate sobre la legalidad de la adjudicación. Consecuentemente, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a la pretensión.

[Resolución 72/2022](#)

IZASA solicita el acceso a la oferta de ZWICKROELL con el fin de “completar el presente escrito y poder analizar, con detenimiento, la oferta de la recurrente y su legitimación para la interposición del recurso”. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 19/6/2003, asunto C-249/01, ECLI:EU:C:2003:359) ha establecido que es contrario a la normativa europea sobre recursos en materia de contratación que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso 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 (ver también, entre otras, la Resolución 120/2016 del OARC / KEAO). Consecuentemente, dado que, cualesquiera que fueran las irregularidades de la oferta del recurrente, no supondrían en ningún caso la inadmisión del recurso, no es necesario el acceso



requerido. Por otro lado, en el hipotético caso de que se estimara el presente recurso no podría negarse a IZASA la admisión de la impugnación contra la adjudicación a ZWICKROELL, en la cual podría alegar todas las cuestiones que estimara oportunas para refutar su proposición, por lo que no hay indefensión alguna (ver, por ejemplo, las STJUE de 4/7/2013, C-100/12, ECLI: EU:C:2013:448 y de 5/4/2016, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, así como la Resolución 134/2020 del OARC / KEAO y las que en ella se citan).

[Resolución 83/2022](#)

(...) En relación con lo anterior, el recurrente solicita acceso al expediente completo, sin especificar qué documentos concretos requiere, alegando indefensión. No obstante, AT CAPITAL ha presentado un recurso fundado cuyo argumento principal consiste en que la licitadora E-RENTING S.L.U. presentó su oferta en el plazo de suspensión de ofertas y con carácter previo a la modificación de los pliegos que finalmente rigen la contratación. Es más, la propia recurrente indica que ha tenido acceso a determinada documentación del Sobre 1 presentado por E-RENTING S.L.U., apreciando que el DEUC de dicha mercantil estaba incompleto y que no indicaba los lotes a los que pretendía licitar. Por tanto, parece que la solicitud genérica de acceso al expediente tiene como finalidad la búsqueda de defectos o errores y no evitar la indefensión. Llegados a este punto, no se observa qué puede añadir a este reproche lo que pudiera deducirse del análisis de otra documentación que ni tan si quiera el recurrente concreta; a AT CAPITAL S.L. le ha sido suficiente con analizar el momento en que E-RENTING S.L.U. presentó su oferta y el contenido, al menos parcial, del Sobre 1, para apoyar su pretensión consistente en la exclusión de su competidor.

[Resolución 84/2022](#)

- 1) La documentación cuya vista se solicita, relativa a la justificación de la oferta anormalmente baja, contiene la descripción de las estrategias de costes directamente relacionados con la ejecución de las tareas, así como datos de proveedores, por lo que se estima suficientemente justificada la aplicación del artículo 133 de la LCSP, que impide a los órganos de contratación divulgar la



información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial y que afecte, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas (ver, por ejemplo, Resolución 10/2018 del OARC/KEAO, la Resolución 196/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales y el Acuerdo 106/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Madrid).

- 2) La recurrente ha tenido acceso al informe sobre la justificación de la baja donde se resumen las explicaciones aportadas por la adjudicataria del contrato y ha podido fundar su pretensión consiste en la anulación de la adjudicación. Llegados a este punto, no se observa qué puede añadir a este reproche lo que pudiera deducirse del análisis completo de la justificación de la baja, más allá de la mera búsqueda de errores que, como anteriormente se ha señalado, no está amparada por el derecho de acceso.

Por todo ello, habida cuenta de la confidencialidad de la documentación y de que la recurrente ha accedido al informe sobre la justificación de la oferta de la adjudicataria, no procede el acceso al expediente pretendido por la recurrente.

[Resolución 153/2022](#)

(...) este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019, 030/2021 106/2022).

[Resolución 106/2022](#)

(...) consta en el expediente que EKO GASTEIZ solicitó acceso al expediente de contratación y que concedido dicho acceso a parte de la información, sin embargo, no compareció. Esta actuación de la recurrente es un indicador claro de que su petición de acceso ha sido ociosa y que no obedece a una finalidad real de defensa de sus derechos en el procedimiento de adjudicación, conclusión que se puede trasladar a la



petición de acceso al expediente que se efectúa a este OARC / KEAO en el procedimiento de recurso especial.

[Resolución 157/2023](#)

La documentación justificativa de la viabilidad de las proposiciones permite seguir el proceso interno de toma de decisiones empresariales fundamentales y, en especial, de elaboración de la oferta; a ello debe añadirse que también constan datos de las relaciones contractuales con proveedores, igualmente sensibles a estos efectos. Téngase en cuenta que se trata de la descripción de las estrategias de costes directamente relacionados con la ejecución del contrato, por lo que la denegación al acceso a esta información se considera justificada (ver, la Resolución 10/2018 de este OARC / KEAO).

[Resolución 057/2023](#)

(...) no procede el acceso requerido por AUZO LAGUN por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Primeramente, se ha de tener en consideración que AUZO LAGUN solicita el acceso al Informe de auditoría sobre el cumplimiento por el licitador de los equipos adscritos al contrato, cuya finalidad es la de verificar en la fase del artículo 150.2 de la LCSP la adecuación de las instalaciones, equipamiento, procesos y procedimientos instaurados en la empresa propuesta como adjudicataria del contrato para el cumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas y cuyo contenido se especifica en el documento Anexo IV al PCAP. Este informe, efectuado por técnicos independiente de las partes del contrato, contiene información sobre objetivos e indicadores de calidad, evidencias y acciones correctivas, proveedores homologados, condiciones logísticas, acciones correctoras, plan de limpieza, planes de suministro, programación de compras, control del producto, acciones correctivas, medición de la satisfacción



del cliente, análisis y acciones de los aspectos a mejorar, sistema de vigilancia de los APPCC, control, personal encargado, plan de recogida de muestras, procedimiento de dietas especiales, acciones correctoras. Es decir, se trata de acceder a información referida a la forma de funcionamiento interno y toma de decisiones con la finalidad de proceder a la evaluación de las instalaciones y de los procesos productivos del licitador propuesto como adjudicatario del contrato al objeto de asegurar una correcta ejecución del contrato.

- 2) El principio de protección de la información confidencial debe conciliarse con las exigencias de la tutela judicial efectiva lo cual exige una ponderación de las circunstancias concurrentes. A este respecto, sobre la base de lo señalado en el apartado 1) anterior, debe tenerse en cuenta que el contenido del informe de auditoría solicitado por la recurrente identifica técnicas, planificación y sistemas de trabajo utilizadas por la adjudicataria impugnada, debido a lo cual dicha información tiene un valor comercial que no se limita al contrato público impugnado siendo consecuencia de ello que su divulgación pueda menoscabar los intereses comerciales legítimos de EUREST (ver, en este sentido la STJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C 54/21, ANTEA POLSKA y otros, ECLI:EU:C:2022:888). Por otra parte, se observa que la recurrente únicamente requiere del acceso al mencionado Informe para extraer conclusiones relativas a si la cocina de EUREST goza de capacidad suficiente para optar a tres contratos independientes entre sí, pretensión que, si bien se analizará en el apartado b) posterior a este, se adelanta que se inadmite.

[Resolución 190/2024](#)

(...) La única limitación de dicho acceso que consta, impuesta por razones de confidencialidad, es la relativa a la justificación de la anormalidad presentada por MIC. Como ya señaló este Órgano en su Resolución 10/2018, esta limitación es “una ponderación adecuada de la tensión entre el derecho a la confidencialidad y el de acceso al expediente, ya que el conocimiento de la citada información permite seguir el proceso interno de toma de decisiones empresariales fundamentales y, en especial, de elaboración de la oferta”. Debe tenerse en cuenta que “se trata de la descripción de las estrategias de costes directamente relacionados con la ejecución



de las tareas”, por lo que la divulgación de la información (declarada confidencial por la adjudicataria) puede suponer un perjuicio para la competitividad de la empresa.

(...)

[Resolución 214/2024](#)

(...) En lo que respecta al no acceso al resto de la información este Órgano considera que el poder adjudicador ha actuado correctamente y que TELESONIC (documento número 22 del expediente de contratación remitido) ha justificado debidamente el carácter confidencial de determinadas partes de su oferta. Téngase en cuenta que los pliegos demandan una solución que satisfaga las necesidades descritas, por lo que la propuesta de tecnología, planificación y sistemas de trabajo son una ventaja competitiva que TELESONIC perdería en el caso de permitir el acceso a la recurrente a la totalidad de su propuesta.

1.6.8. Sobre la acumulación de recursos

[Resolución 209/2021](#)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 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, así como en el artículo 57 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, se considera no conveniente proceder a la acumulación de los diversos recursos especiales interpuestos contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza sito en el Territorio Histórico de Bizkaia (C02/003/2021)” (identificados como EB 2021/146, EB 2021/150, EB 2021/154 y EB 2021/158), debido a que la extensión del número de motivos de impugnación alegados, así como el de recursos interpuestos, que no son coincidentes en todos ellos, aconsejan un análisis separado de cada recurso (ver la Resolución 134/2021 del OARC / KEAO). Además,



el recurso EB 2021/153, debido a la abstención de la Titular del OARC / KEAO, ha de ser necesariamente resuelto de forma independiente.

[Resolución 127/2023](#)

ANETRA solicita la acumulación de este recurso al interpuesto frente a los pliegos de los contratos de “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Bizkaia” (C02/027/2022) y “Servicio de transporte escolar para diversos itinerarios, con vehículos de una capacidad superior a nueve plazas, a los centros públicos de enseñanza sitos en el Territorio Histórico de Araba” (C02/028/2022). No obstante, el recurso especial interpuesto contra los pliegos de estos dos últimos contratos ha sido desestimado por la Resolución 109/2023, de 15 de junio, por lo que carece de objeto la petición. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la acumulación de acciones no imposibilita el acceso a la justicia, sino únicamente el ejercicio acumulado de las mismas, que pueden ser, no obstante, perseguidas separadamente (STC nº 8/2014, de 27 de enero, ECLI:ES:TC:2014:8), como en el supuesto que nos ocupa.

[Resolución 148/2023](#)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 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, así como en el artículo 57 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, se considera conveniente proceder a la acumulación de los dos recursos especiales interpuestos por la empresa OHL contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “Trabajos de conservación de los espacios verdes y arbolado urbano de Vitoria-Gasteiz (Lote 1)”, debido a la identidad de objeto y a la de los argumentos expuestos en ambos recursos, a excepción de un motivo adicional aducido en el recurso número EB 2023/075, que no justifica su análisis y resolución por separado.



1.6.9. Sobre la fase probatoria

[Resolución 197/2021](#)

El recurrente solicita la apertura de una fase probatoria al objeto de que se admita como prueba un estudio emitido por un ingeniero industrial sobre las “condiciones técnico-económicas de la licitación” que ha sido aportado al expediente de recurso con fecha 20 de agosto. Este estudio contiene (i) bien reiteraciones de lo alegado en el escrito de recurso, como la constatación de que dicho desglose no contiene la totalidad de los costes en los que tiene que incurrir el contratista por no incluir los derivados de la instalación de sistemas de retención infantil o de las medidas de seguridad y prevención para la contención del coronavirus o el coste de disponibilidad del autobús de reserva, (ii) bien la extensión a todos los itinerarios del contrato el error sobre la aplicación de la fórmula observado en el recurso, (iii) bien la manifestación, efectuada en los mismos términos en el recurso, de que el coste de disponibilidad del autobús preferente ha de ser realista y no está reflejado sólo con la amortización (13,43 % de los costes) (iv) bien la manifestación de que el desglose no contiene todos los conceptos especificados por el artículo 100.2 de la LCSP, como el beneficio industrial, que también es alegado en el propio recurso. Es decir, no contiene hechos o circunstancias que no estuvieran alegadas en el recurso. Por otra parte, el poder adjudicador no ha negado estos hechos. Nos encontramos, pues, con que no ha existido controversia sobre los hechos sino sobre su alcance y efectos en el procedimiento de adjudicación, lo cual es una cuestión de análisis jurídico.

Consecuentemente, la apertura de un período de prueba ha de ser desestimada.

[Resolución 229/2023](#)

No procede la práctica de la prueba porque la propuesta, consistente en “La totalidad de la documental obrante en el Expediente de contratación nº 72/2022 PA del “Servicio de limpieza de los centros y edificios de la UPV/EHU “ Lote 5 tramitado por la UPV/EHU, incluido el Informe de la Comisión Técnica de 26 de Abril de 2023.”, es una obligación legal del poder adjudicador (artículo 56.2 de la LCSP).



1.6.10. Remisión del expediente a la Autoridad Vasca de la Competencia

[Resolución 208/2021](#)

Igualmente, debe rechazarse la solicitud de que este Órgano comunique a la autoridad de competencia que corresponda los indicios de prácticas colusorias que constarían en el expediente, ya que no se trata de una petición impugnatoria propia de un recurso, pues no se busca anular, revocar, sustituir o dejar sin efecto un acto administrativo. Téngase en cuenta que la recurrente alega prácticas colusorias en el procedimiento, pero de sus peticiones no se deduce que este Órgano deba tomar decisión alguna en virtud del principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) que conduzca, por ejemplo, a acordar la exclusión de licitadores en razón de dichas prácticas (ver, “sensu contrario”, la Resolución 93/2021 del OARC / KEAO), todo ello sin perjuicio de que este Órgano pueda comunicar lo que estime oportuno a la vista del artículo 132.3 de la LCSP u otras normas aplicables (ver, por ejemplo, el artículo 3.1 k) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) a la autoridad de competencia.

1.6.11. Carga de la prueba

[Resolución 210/2019](#)

Consecuentemente, se puede afirmar que la presunción de acierto y legalidad de la que goza el informe de valoración, en el que consta que el producto adjudicatario del lote 5 cumple con la prescripción, circunstancia que se corrobora con la documentación técnica aportada en la oferta y en el informe de contestación al recurso al afirmar que la comisión técnica ha comprobado en la práctica clínica su cumplimiento, no ha sido desvirtuada por la recurrente. A este respecto, ha de 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 (ver, en este sentido la Resolución 74/2018).



1.6.12. Suspensión del procedimiento por existir un recurso contencioso administrativo pendiente

[Resolución 156/2022](#)

Con carácter previo, debe decidirse sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la finalización de un procedimiento judicial.

a) Alegaciones de EXCURSIONES JAI ALAI

EXCURSIONES JAI ALAI alega que impugnó ante el OARC / KEAO el contrato antecedente del que ahora es recurrido (recurso EB 2021/154). Dicho Órgano estimó parcialmente el recurso en su Resolución 211/2021, la cual ha sido objeto de un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), actualmente en tramitación (número de procedimiento ordinario 131/2022). Dado que las cuestiones cuya legalidad se analizará en el procedimiento judicial se reproducen en el nuevo expediente, EXCURSIONES JAI ALAI entiende que se da una causa de prejudicialidad que obliga al OARC / KEAO a no resolver el recurso. En particular, se considera que la decisión que resulte del procedimiento ante el TSJPV puede influir en las cuestiones de fondo planteadas en el presente recurso especial; además, se podría producir una interferencia indebida en la competencia revisora del TSJPV y en los efectos de su fallo. Por todo ello, se solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato impugnado hasta que se resuelva el procedimiento contencioso administrativo.

b) Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la solicitud señalando que el artículo 59.2 de la LCSP establece que, sin perjuicio de la interposición de un recurso contencioso administrativo, las resoluciones de los órganos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación son inmediatamente ejecutivas; alega también que no hay



una suspensión automática aparejada a la presentación de dicho recurso, la cual paralizaría la contratación pública y problemas presupuestarios y de concurrencia.

c) Apreciaciones del OARC / KEAO

Tal y como se expone en el Antecedente de Hecho tercero de esta Resolución, el procedimiento de adjudicación ya está suspendido en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la LCSP. Sin embargo, esta medida provisional debe levantarse, como muy tarde, en la Resolución del OARC / KEAO que ponga fin al procedimiento de recurso (artículo 57.3 de la LCSP). La solicitud que ahora se analiza tiene un alcance mayor, ya que parece pedirse la suspensión de dicho procedimiento de adjudicación hasta que finalice el procedimiento contencioso administrativo ante el TSJPV; no obstante, el recurso es confuso en este punto, pues también señala que “...desde el respeto a la lógica de la arquitectura institucional de la jurisdicción contencioso administrativa, la existencia de dicha causa de prejudicialidad obliga a este Órgano Administrativo a no resolver el recurso”, por lo que, aunque es claro que la suspensión finalizaría coincidiendo con el fallo del TSJPV, cabe la duda de si se quiere la suspensión del procedimiento de adjudicación (que es lo que interpreta este Órgano) o la del procedimiento de resolución del recurso.

En cualquier caso, esta pretensión no es aceptable. Téngase en cuenta que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial o administrativo que resolverá el asunto principal, evitando que una posible decisión favorable a la pretensión deducida quede desprovista de eficacia (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994, de 18 de julio). Consecuentemente, la competencia para acordar la medida solicitada correspondería, en su caso, al TSJPV, que es quien conoce del litigio en cuyo ámbito habrá de dictarse la hipotética sentencia cuya efectividad pretende garantizarse.

1.6.13. El OARC / KEAO no está vinculado por la denominación que el poder adjudicador dé al acto o contrato

[Resolución 202/2022](#)



Debe, además, señalarse que, según una reiterada doctrina (expuesta, por ejemplo, en las Resoluciones 49/2013, 74/2013, 16/2014 y 21/2015 del OARC / KEAO y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26/7/2015, nº 330/2017, ECLI:ES:TSJPV:207:2727) este Órgano, 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 dada por el órgano de contratación, sino que debe atender a la naturaleza del negocio jurídico y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual.

1.6.14. El “recurso indirecto”

[Resolución 206/2022](#)

La recurrente plantea un “recurso indirecto” contra los pliegos por considerar que estos son nulos de pleno derecho porque lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. El análisis de esta cuestión comenzará por la exposición de la doctrina general de este Órgano sobre el alcance y límites de dicha figura para, a continuación, analizar su concurrencia en el caso analizado.

a 1) Doctrina general

De las resoluciones de este Órgano se deduce lo siguiente (ver, por ejemplo, su Resolución 85/2020, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196, que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:1674, y la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO, y de 24/3/2021, ECLI:ESTS:2021:1199):

- 1) 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 no se ha interpuesto en el plazo previsto para ello, 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, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (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); según ella, se 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.

2) La citada regla general admite dos excepciones:

- El TJUE parte 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 debió 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 o la exclusión, pueden recurrirse en el plazo previsto para impugnar dichos actos; ese es, por ejemplo, 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). El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (como la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado en una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un



acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.

- La jurisprudencia del Tribunal Supremo citada más arriba admite también el recurso indirecto para la impugnación de cláusulas de los pliegos afectadas de vicios que conlleven nulidad de pleno derecho (ver los artículos 39 de la LCSP y 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

3) En cualquier caso, debe probarse la concurrencia de las causas que facultan el recurso indirecto, que deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva (ver las sentencias del Tribunal Supremo citadas).

a 2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el caso analizado

Trasladada la doctrina expuesta en la letra anterior al presente supuesto, este OARC / KEAO considera que el recurso indirecto es, en este caso, inadmisibile por los siguientes motivos:

- 1) No se observa que la redacción de la cláusula debatida sea oscura o ambigua, por lo que no se observa vicio de invalidez. Los pliegos contienen una exposición general de los aspectos evaluables que luego ha especificado en varios subcriterios, cada uno con su correspondiente ponderación, delimitando su contenido y alcance. Consecuentemente, no puede entenderse que el criterio otorgue una libertad incondicionada al poder adjudicador para la adjudicación del contrato, lo que está prohibido por los principios más básicos de la contratación pública, especialmente el de igualdad de trato (ver, por todas, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO, así como la sentencia del TJUE de 17/9/2002, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495); ello no impide que dicho criterio conceda un margen de apreciación para su aplicación, lo que es perfectamente posible porque no se ha concebido con el automatismo propio de un criterio sujeto a evaluación mediante fórmulas.



- 2) Tampoco consta que el supuesto carácter perjudicial para el recurrente que se denuncia solo haya podido percibirse con ocasión del acto de adjudicación, como se demuestra por el hecho de que la recurrente ha obtenido la segunda mejor puntuación (22 puntos de 30 posibles) en el criterio impugnado, lo que demuestra que pudo interpretar perfectamente lo requerido por los pliegos y presentó una proposición muy adecuada a los mismos (ver la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO). En este sentido, debe recordarse que, en todo caso, no basta con la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho en el procedimiento, sino que es necesario que dicha causa provoque un daño a quien la impugna (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20/1/2016, nº 7/2016, ECLI: ES: TSJPV: 2016:219 y el artículo 48 de la LCSP). Además, es también relevante el dato de que la recurrente no solicitara en su momento una aclaración al respecto (ver la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO y el apartado 56 de la STJUE “eVigilo”, citada íntegramente más arriba).

[Resolución 146/2023](#)

Este motivo impugnatorio no puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) El objeto del recurso es el Acuerdo plenario de fecha 24 de febrero de 2023, de adjudicación del contrato de “Obras del Proyecto de ejecución del Polideportivo Urgozo” y la pretensión consiste en que se declare la nulidad de dicho acto administrativo por considerar que se ha fraccionado indebidamente su objeto al objeto de evitar su sujeción a la regulación armonizada de los contratos de obra argumentando, a tal efecto, las modificaciones que ha sufrido el proyecto de obras en sus sucesivas fases (anteproyecto, proyecto básico y proyecto de ejecución).
- 2) Los recurrentes pudieron apreciar el supuesto fraccionamiento del objeto del contrato en el momento de la aprobación de los pliegos (25/11/2022) y, sin embargo, no reaccionaron frente a ellos interponiendo el correspondiente



recurso especial en materia de contratación. En este punto se hace preciso recordar la reiterada doctrina de este OARC/KEAO, plasmada en múltiples de sus resoluciones (por todas, la Resolución 138/2023) conforme a la cual, 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 no se han interpuesto en el plazo previsto para ello, 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, tradicional en nuestro Ordenamiento, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (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..

- 3) Frente a lo especificado en el apartado 2) anterior, no se observa ni el recurrente alega más allá de una mera invocación a una supuesta nulidad, ninguna de las dos excepciones que pudieran sustentar un “recurso indirecto” frente a los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 106/2022, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196, que confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:1674, y la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO, y de 24/3/2021, ECLI:ESTS:2021:1199). En particular, no se alega ni oscuridad ni ambigüedad en las estipulaciones contractuales y no se argumenta ni se especifica en cuál de las causas de nulidad de pleno derecho a las que se refiere el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas incurre la infracción denunciada.



[Resolución 185/2023](#)

En primer lugar, debe señalarse que no es adecuada la mención al denominado “recurso indirecto” contra los pliegos. El recurso indirecto exige, entre otros requisitos y como fundamento previo, un acto del procedimiento de adjudicación (adjudicación, exclusión...) perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2023 del OARC / KEAO). En este caso, no se recurre ningún acto del procedimiento, sino que la pretensión es, directamente, la rectificación de los pliegos y la consecuente ampliación del plazo de presentación de ofertas.

[Resolución 098/2024](#)

ENVISER impugna el apartado 7.2 de la carátula del PCAP por establecer un sistema de revisión de precios sin justificarlo en el expediente y sin haberse seguido el procedimiento recogido en los artículos 103.2 de la LCSP y 9.9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (en adelante, “Real Decreto 55/2017”). Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El recurrente pretende ahora impugnar una cláusula del PCAP que no fue recurrida en tiempo y forma en el plazo autónomo legalmente establecido para ello (artículo 50.1 b) LCSP), por lo que el contenido de dicho documento contractual deviene firme e inatacable, vinculando al poder adjudicador y a los licitadores. Consecuentemente, el motivo de recurso es inaceptable por extemporáneo.
- 2) Los argumentos del recurrente para obviar esta extemporaneidad no son, a juicio de este Órgano, convincentes:
 - Con independencia de que la infracción denunciada pueda o no ser calificada como causa de nulidad de pleno derecho de la estipulación, lo



cierto es que, tal y como ha señalado anteriormente este Órgano, la admisión de un recurso contra los pliegos fuera del plazo inicialmente previsto para ello no requiere solo de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho en el procedimiento, sino que es necesario que dicha causa provoque un daño a quien la impugna (ver, por ejemplo, la Resolución 206/2022 del OARC / KEAO, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20/1/2016, nº 7/2016, ECLI: ES: TSJPV: 2016:219 y el artículo 48 LCSP). En el caso analizado, no se alega ningún perjuicio concreto, ni este Órgano lo observa; en especial, es claro que la cláusula recurrida no ha sido aplicada provocándole un daño (de hecho, no es una estipulación reguladora del procedimiento de adjudicación, sino de la ejecución del contrato). Por el contrario, la revisión de precios, muy restringida en la LCSP, suele entenderse como una técnica contractual favorable a los operadores económicos porque limita la asunción del riesgo y ventura del contrato (artículo 197 LCSP).

- Tampoco puede aceptarse que la extemporaneidad del recuso se deba a que ENVISER confiaba en que se había seguido el procedimiento adecuado con base en las menciones a ciertos documentos (informe de estructura de costes) en el expediente. Como ya se ha dicho, si hubiera tenido la intención de recurrir la cláusula habría podido solicitar el acceso al expediente como lo solicitó después, especialmente a la vista de la redacción del citado apartado 7.2 de la carátula del PCAP, claramente incompatible en varios aspectos con el artículo 103 LCSP.
- En definitiva, la impugnación debe rechazarse por extemporánea, por no obedecer a ningún interés legítimo efectivo (artículo 48 LCSP) y por pretender el recurrente aprovechar una cuestión de mera legalidad para desvirtuar el procedimiento de adjudicación una vez que sabe que éste ha finalizado sin haber obtenido el contrato.



[Resolución 181/2022](#)

En este caso, el acto recurrido es la propuesta de la Mesa de Contratación al órgano de contratación para que excluya la oferta del recurrente a los lotes 2 y 5. En principio, el OARC / KEAO considera que estas propuestas no son actos impugnables de los recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP porque se trata de “reflexiones internas” del poder adjudicador con vistas a la celebración de un contrato público (ver, por todas, la Resolución 119/2022 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29). No obstante, consta que, con posterioridad a la interposición del recurso la propuesta de exclusión ha sido íntegramente asumida por el órgano de contratación en la Resolución de adjudicación de 18/8/2022, igualmente impugnada por IBERIAN CARE 2016, S.L. por los mismos motivos que sustentan el recurso que ahora se analiza (recurso EB 2022/137) y acto claramente impugnable según el artículo 44.2 de la LCSP. Consecuentemente, este Órgano entiende adecuado admitir a trámite la impugnación dado que la opción contraria, consistente en inadmitir el presente recurso para resolver luego otro con el mismo contenido material, sería contraria al principio de economía procesal.

1.6.16 Contra la resolución del OARC / KEAO resolviendo un recurso especial no cabe recurso administrativo ni revisión de oficio

[Resolución 214/2023](#)

(...) En este sentido, debe señalarse que contra las resoluciones del OARC / KEAO no cabe ningún recurso administrativo ordinario o extraordinario ni revisión de oficio (ver los apartados 1 y 3 del artículo 59 LCSP y la Resolución 30/2017 del OARC / KEAO), sino únicamente el recurso contencioso administrativo (artículo 59.1 LCSP), y que la actuación del órgano de contratación pretende, en vía de hecho, conseguir el efecto propio de un recurso extraordinario de revisión que invalide la Resolución 103/2023 (...)



1.6.17 Especialidad procedimental de los contratos sujetos al Real Decreto Ley 36/2020 (“Next generation”)

[Resolución 97/2022](#)

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma. Este Órgano estima que no es aceptable la alegación de VISESA, que entiende que la impugnación es extemporánea por entender que es aplicable el plazo de 10 días naturales establecido en el artículo 58.a) del Real Decreto-ley 36/2020. Como ya se señaló en la Resolución B-BN 014/2022 citada más arriba, esta alegación no es aceptable por las siguientes razones:

- 1) La literalidad del citado artículo 58 a) tan solo identifica el acuerdo de adjudicación como acto recurrible al que aplicar la reducción del plazo de los 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1 de la LCSP (regla general), a los diez días naturales (regla especial).
- 2) La citada literalidad, y su carácter de norma especial, así como el hecho de que la reducción del plazo se establece en una norma excepcional por estar prevista tan solo para casos de extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86.1 de la Constitución), conlleva que la interpretación del precepto deba ser restrictiva y no amplia o extensiva. Por ello, considerar que dicha reducción es aplicable al resto de actos impugnables, distintos al de adjudicación, sería efectuar una indebida y no prevista extensión de la regla específica regulada en dicho precepto, lo cual sería contrario al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).
- 3) Finalmente, debe recordarse que, en virtud del denominado principio “*pro actione*”, deben descartarse las interpretaciones y aplicaciones de los presupuestos procesales establecidos en las leyes que impiden u obstaculizan injustificadamente el derecho al acceso a un órgano jurisdiccional que conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 11/2009, de 12 de enero). A juicio de este Órgano, dicho principio aconseja en este caso que las dudas interpretativas se



resuelvan en favor de entender que es aplicable el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50 de la LCSP.

[Resolución 086/2023](#)

Consta en el expediente que el 37,44% del gasto del contrato impugnado será financiado mediante fondos Next Generation EU del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (cláusula específica 3.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP). Consecuentemente, el presente procedimiento de recurso es de tramitación urgente y preferente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

[Resolución 021/2023](#)

El artículo 2.5 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, establece que las especialidades en materia de contratación previstas en el Capítulo III del Título IV de dicha norma son aplicables a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones relacionadas con el Instrumento Europeo de Recuperación, aunque no se financien con fondos europeos. Consta en el expediente que el objeto del contrato impugnado forma parte de la colaboración del poder adjudicador en un proyecto integral denominado “Zumarraga. Avanzando hacia un modelo comercial digital y sostenible”, el cual ha obtenido una resolución provisional de concesión de ayudas al amparo de la Resolución de la Secretaría de Estado de Comercio de 30 de junio de 2022, por la que se convoca la línea de ayudas para el apoyo a mercados, zonas urbanas comerciales, comercio no sedentario y canales cortos de comercialización, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE nº 160 de 5/7/2022). Consecuentemente, el presente procedimiento de recurso es de tramitación



urgente y preferente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 del citado Real Decreto–ley 36/2020.

1.6.18 Inobservancia del plazo de espera para la interposición del recurso

[Resolución 067/2023](#)

El recurso se interpone contra (i) la formalización del contrato por incumplimiento del plazo de espera legalmente establecido entre la adjudicación y la formalización y (ii) el acuerdo de adjudicación.

Según el artículo 44.2 c) de la LCSP, los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso. El recurrente alega lo establecido en la letra d) del artículo 39.2 de la LCSP, que considera como causa de nulidad administrativa del contrato “La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:

- 1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,
- 2.º Que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

Del análisis del expediente y del propio reconocimiento del poder adjudicador se desprende que la recurrente se ha visto desposeída de la posibilidad de interponer recurso especial contra la adjudicación del contrato, que se produjo el 28 de noviembre, pero no se notificó y publicó hasta el 15 de diciembre, fecha en la que el contrato de encontraba formalizado e inscrito en el Registro de Contratos. Resulta indubitado, por tanto, que no se ha respetado el plazo de espera del artículo 153.3 de la LCSP, privando del efecto útil a la interposición del recurso especial contra la referida adjudicación, y sin que pueda aceptarse la alegación del poder adjudicador de que la mercantil tuvo la posibilidad de interponer recurso especial contra la propuesta de adjudicación del contrato publicada el 18 de agosto, pues este Órgano ha manifestado reiteradamente que las propuestas de adjudicación no son actos impugnables (ver, por ejemplo, la resolución 28/2023).



Una vez constatado la concurrencia del primero de los dos requisitos exigidos por el artículo 39.2 de la LCSP, ha de verificarse el cumplimiento del segundo, es decir, que en el procedimiento de licitación se haya cometido alguna infracción de los preceptos de la LCSP que hayan impedido a GUEDAN la obtención del contrato. Este segundo requisito requiere el análisis de fondo del recurso presentado que se realizará seguidamente y de cuya resolución dependerá, en su caso, la declaración de nulidad del contrato formalizado.

(...)

De conformidad con lo expuesto en el Fundamento jurídico Tercero anterior, es de aplicación a la interposición del recurso el plazo de treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato establecido en el artículo 50.2 a) de la LCSP; consecuentemente, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

(...)

Por su parte, ha de señalarse que la infracción cometida y la consecuencia que lleva aparejada (la cancelación de la licitación) han impedido a la recurrente acceder a la adjudicación del contrato. Esta circunstancia, junto con el incumplimiento del plazo de espera del artículo 153.3 de la LCSP ya acreditado, trae como consecuencia la nulidad de derecho administrativo del contrato formalizado con la entidad EMTESPORT, S.L., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39.2 d) de la LCSP y con los efectos que regula el artículo 42.1 de la misma Ley.

1.6.19 Litispendencia por simultanear el recurso especial y el contencioso – administrativo

[Resolución 176/2024](#)

CAMPEZO alega que procede la inadmisión del recurso especial porque la recurrente ha simultaneado este con el recurso contencioso-administrativo. Según afirma la alegante, además del presente recurso, PROMUZA interpuso recurso contencioso administrativo nº 216/2024 ante el Juzgado número 3 de Bilbao frente a la resolución de adjudicación del contrato objeto de este recurso especial, lo que, de conformidad con el principio de primacía de la jurisdicción contenciosa sobre la justicia administrativa, conllevaría la inadmisión del recurso administrativo.



No obstante, este Órgano considera que no se puede inadmitir el recuso porque no concurre en este caso la existencia de litispendencia, por no constar a este Órgano a la fecha de la firma de esta resolución identidad de objeto, sujeto y causa de pedir, es decir, la triple identidad necesaria para apreciar dicha figura. En particular, este Órgano no tiene constancia de que se haya interpuesto la correspondiente demanda contenciosa administrativa contra la resolución de adjudicación, por lo que cabe deducir que lo único existente en dicha jurisdicción es el mero anuncio de su interposición. De conformidad con el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. No constando la misma ni su admisión, no cabe apreciar la excepción de litispendencia alegada. En consecuencia, ha de entenderse que el recurso ha de ser admitido, al haber sido interpuesto en tiempo y forma.

1.6.20 Congruencia y posición del alegante, distinta de la del recurrente

[Resolución 121/2024](#)

La adjudicataria impugnada entiende que el recurso ha de ser inadmitido porque la recurrente debe ser excluida de la licitación y el poder adjudicador entiende que la oferta económica de LOYOLA incurre en defectos que harían que fuese rechazada. Al respecto y teniendo en cuenta el principio de congruencia (que exige resolver todas las cuestiones planteadas en el recurso y abstenerse de hacerlo respecto de las que no lo hubieran sido, artículo 57.2 de la LCSP) al que está sometido este OARC/KEAO, así como la prohibición de la *reformatio in peius* (por aplicación supletoria del artículo 119.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) dichas pretensiones deben desestimarse en el presente procedimiento por las siguientes razones:

- 1) 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 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. Es más, no cabe alegar en esta fase de recurso presuntos incumplimientos de la oferta de LOYOLA que debieron acarrear su exclusión de la licitación, por cuanto su aceptación supondría colocar a la recurrente en una situación de indefensión incompatible con el artículo 24 de la Constitución.

- 2) 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 (véase la Resolución 131/2021 del OARC/KEAO y la jurisprudencia que se cita). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 57.2 LCSP), 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. Consecuentemente, la alegación de LEYCOLAN es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada, pues, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento.
- 3) La conclusión que se desprende de los apartados 1) y 2) anteriores no implica en absoluto indefensión para LEYCOLAN, 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 impugnabile, como, por ejemplo, una hipotética nueva adjudicación de la que el recurrente 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.

1.6.21 La “cosa juzgada administrativa”

[Resolución 126/2024](#)

Como expresamente se reconoce en el propio recurso, los motivos de impugnación que lo sustentan son los mismos que BENGOTXEA alegó en el recurso EB 2023/239. En dicho recurso, la recurrente solicitó la anulación de su exclusión del procedimiento de adjudicación, pretensión que el OARC / KEAO desestimó en su Resolución 76/2024. En la presente impugnación, BENGOTXEA pide, en síntesis, la anulación de la declaración de desierto de los lotes 50 y 51 por no haberse presentado ninguna oferta admisible porque alega que su proposición sí es admisible. Esta circunstancia supone que el recurso no puede admitirse a trámite. La acción ahora ejercitada no versa sobre ninguna cuestión novedosa; por el contrario, versa sobre cuestiones ya resueltas por las Resolución 76/2024, 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.



2. Principios de la contratación pública

2.1. Igualdad de trato

[Resolución 186/2018](#)

Por lo que se refiere al reproche de que los subcriterios mencionados en el punto b3) anterior están diseñados en beneficio de la actual adjudicataria del contrato, dado que dicha empresa se halla en una situación de ventaja respecto del resto de los licitadores por ser la que dispone de toda la información cierta y actualizada de los diferentes espacios y elementos a inventariar, debe señalarse que en todos los contratos de tracto sucesivo en los que la entidad adjudicadora decide iniciar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato que ha sido ejecutado hasta ese momento por un único contratista, la ventaja de la que éste último goza es, en realidad, inevitable y constituye de alguna manera una ventaja inherente de facto. La citada ventaja solo se podría suprimir prohibiendo la participación de la empresa en el procedimiento, incluso como subcontratista, lo que de ningún modo cabe en la legislación sobre contratación pública. No obstante, 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. Además, los principios de igualdad de trato y transparencia implican la obligación de que los licitadores 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, C 470/99, Rec. p. I 11617, apartado 93, y de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C 213/07, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada), lo que conlleva que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se debe poner, 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, que 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, lo que podría compensar hipotéticas ventajas del proveedor anterior de la prestación licitada (ver las resoluciones 58/2012 y 6/2016 del OARC / KEAO)..

Aplicando estos principios al caso analizado, no cabe duda que el actual adjudicatario del contrato sería el licitador que mejor conoce la realidad de los espacios verdes a mantener y sus necesidades, lo cual le concede una ventaja competitiva respecto al resto de potenciales licitadores que únicamente puede ser neutralizada por el poder adjudicador facilitando al resto de licitadores la información necesaria para que puedan efectuar una oferta en condiciones de igualdad. En este sentido, resulta contrario a los principios de igualdad de trato y transparencia, así como desproporcionado por justificar sin motivo suficiente al anterior prestador, imponer a los licitadores la labor de realizar un estudio exhaustivo de la realidad física del espacio a mantener, que, además, el propio órgano de contratación tiene el deber de conocer (el artículo 32 de la Ley de Patrimonio del estado exige que las entidades locales dispongan de un inventario de sus bienes de dominio público) y, por consiguiente, de facilitar a los licitadores.

[Resolución 59/2019](#)

A juicio de este OARC / KEAO, el motivo de impugnación debe ser aceptado y la cláusula anulada. No cabe que la experiencia a valorar sea exclusivamente la adquirida en la administración local, tal y como lo solicita el PCAP, pero ni siquiera es admisible que lo sea la adquirida en cualquier administración pública, 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 62/2018. Debe añadirse que la cláusula es contraria a Derecho en virtud del artículo 40 b) de la LCSP que considera anulables Todas aquellas 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. Téngase en cuenta que este precepto es 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.

[Resolución 90/2019](#)

El recurrente considera que el criterio de adjudicación referido al diseño de las nuevas marquesinas es ilegal por ser contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre concurrencia, incumpléndose, por tanto, la letra b) del apartado 5 del artículo 145 de la LCSP, que dispone que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Considera que resulta evidente que existirá un licitador (el instalador de la marquesina actual) que va a tener la máxima puntuación pues sólo él puede presentar una marquesina con el mismo diseño que la actual.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 manifiesta que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional, deben respetar el principio de no discriminación (apartado 49) y que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea deben reunir cuatro requisitos (apartado 25): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado se observa que este es, en principio, no discriminatorio, ya que se exige en términos abstractos, iguales para todos los licitadores y sin diferenciar en razón de sus circunstancias personales (domicilio social, nacionalidad, etc.) o del origen o procedencia geográfica de los



bienes. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es el de que la similitud de las nuevas marquesinas con las anteriores contribuya a asegurar la coherencia territorial y el urbanismo igualitario, evitándose así desigualdades por razones diversas (económicas, históricas u otras). Asimismo, parece adecuado exigir un diseño estético de las marquesinas similar al actual, dado que los elementos que constituyen el mobiliario urbano en el espacio público son fundamentales para la definición de la ciudad. Debe tenerse en cuenta que actualmente existen ya 222 marquesinas iguales y ahora se requiere de la instalación de 20 nuevas similares a aquellas. Además, son elementos de un servicio público (transporte) que como tales deben ser perfecta y fácilmente identificables. De la misma forma, el requisito parece adecuado y proporcionado a su finalidad, sin que vaya más allá de lo necesario para satisfacerla, pues se configura como criterio de adjudicación y no como criterio de admisión (por lo que no impide a ningún operador la presentación de una oferta) y se exige semejanza y no identidad total. Finalmente, la ponderación de hasta 15 puntos (sobre 40 para los criterios subjetivos y sobre 140 para el total de los criterios) no se puede considerar desproporcionada a la importancia del criterio, permitiendo además, en principio, a cualquier licitador la obtención de algún punto, salvo grosera falta de similitud; tampoco se estima desmedido el límite eliminatorio de 20 sobre 40 puntos en los criterios subjetivos, pues de dicho límite forman parte otros criterios y, además, como ya se ha expresado, nada impide a cualquier proposición que incluya un producto similar a la marquesina original obtener alguna puntuación. Por todo ello, este Órgano considera que no puede aceptarse el motivo impugnatorio.

[Resolución 95/2019](#)

Por otro lado, la afirmación de que el criterio es discriminatorio se basa únicamente en que Correos ya dispone de los sistemas que se valoran, mientras que otros licitadores tendrían que introducirlos. Este argumento no es aceptable. El recurrente, que no discute que el criterio cumpla con los requisitos generales legalmente exigibles (especialmente, la vinculación al objeto y la identificación de un aspecto ventajoso de la prestación), no ha acreditado que la intención del poder adjudicador sea beneficiar arbitraria o desproporcionadamente a una empresa concreta en perjuicio de sus competidores, sin que sea suficiente para ello la mera afirmación de que es un criterio más fácil de cumplir para la empresa que ya dispone de los sistemas, pues ello es un



efecto común a cualquier criterio de adjudicación y a la misma existencia de un mercado abierto en el que existen empresas con características y estrategias de todo tipo (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

[Resolución 103/2019](#)

Resulta del todo discriminatorio exigir únicamente la autorización de tratamiento y/o transporte de residuos expedida por la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca cuando la eficacia de dicha autorización, con independencia de la Comunidad Autónoma que la haya expedido, es la de todo el territorio español. De esta manera, se está estableciendo una barrera de entrada a todas aquellas empresas que no están ubicadas en la Comunidad Autónoma del País Vasco, pues nunca podrán obtener la autorización solicitada en la cláusula 2.3 del PBT a pesar de que su autorización las habilita a operar en todo el territorio español, incluido el de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Estas conclusiones no se oponen a los principios de proximidad y suficiencia en los que pudiera basarse la eliminación de los residuos objeto del contrato impugnado, pues debido a la reducida dimensión territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi bien pudieran entrar en escena posibles instalaciones ubicadas en otras comunidades autónomas limítrofes, pudiendo respetarse estos principios en el contrato a través de estipulaciones diferentes a las debatidas.

[Resolución 159/2024](#)

La recurrente alega que la cláusula incurre en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, referida a los actos que "...lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional"; concretamente, se alega infracción del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución). Sin embargo, del contenido de la cláusula recurrida no se deduce que perjudique arbitrariamente a ciertos licitadores creando diferencias injustificadas o desproporcionadas. De hecho, el recurrente imputa el perjuicio y la arbitrariedad que denuncia a la valoración efectuada por el poder adjudicador, la cual se habría visto facilitada por los criterios impugnados, carentes de concreción en cuanto a su modo de valoración. No obstante, tal



arbitrariedad o riesgo serio de arbitrariedad no supondría, en su caso, una causa de discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución. En este sentido, que los Pliegos no condicionen en absoluto la valoración del poder adjudicador no sería un vicio de nulidad radical subsumible en el artículo 47. 1 a) LPAC, sino una vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación y transparencia en materia de contratación pública (artículos 1 y 132.1 LCSP), sin que pueda entenderse que el citado artículo 14 se refiera a cualquier desigualdad, sino tan solo las que incurren en tachas o prohibiciones en él comprendidas (ver la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15/5/2019, ECLI:ES.TSJPV.2019:1674, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22/3/2021 mencionada más arriba y que se refiere a un caso muy similar al planteado en este recurso).

2.2. Publicidad y transparencia

[Resolución 138/2018](#)

El recurrente achaca al poder adjudicador, y éste lo admite, que no se le ha facilitado la información sobre los datos de consumo, o lo que es lo mismo, el número aproximado de pernoctaciones o transportes por cada uno de los precios a ofertar.

Lo cierto es que los documentos contractuales no arrojan ninguna información sobre este extremo y ello en contra de lo dispuesto en el 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 obligación de señalar un número estimado de unidades en el PPT del contrato es una especificación del deber de transparencia que se le impone al poder adjudicador como forma de prevenir el riesgo de generar desigualdades entre licitadores (artículo 1 y 132 LCSP) y que implica que se les facilite toda la información relevante para formular una oferta.

Es cierto, como afirma el poder adjudicador, que este contrato tiene la dificultad de que en la documentación del contrato no se pueden definir con exactitud las unidades



que efectivamente se van a demandar tras su adjudicación. No obstante, el órgano de contratación habrá calculado el valor estimado del contrato sobre unas previsiones y, en todo caso, cuenta con información sobre el número, modo y lugares de desplazamiento de años anteriores. Por otra parte, esta previsión no implica un compromiso de consumo de un número mínimo de prestaciones, ya que es perfectamente posible configurar un contrato de servicios por precios unitarios en función de las necesidades reales que vayan surgiendo al poder adjudicador sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato (ver, en este sentido, la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP) y el poder adjudicador es consciente de ello porque la cláusula 1 párrafo tercero del PCAP se expresa en dicho sentido.

No puede prosperar la alegación del poder adjudicador de que la valoración ponderada de los criterios de adjudicación equivale a la información solicitada por el recurrente, ya que nos encontramos ante informaciones que no pueden ser comparadas porque miden cosas diferentes y obedecen a finalidades diferentes. Así, mientras que el número estimado de las unidades que se van a demandar durante el plazo de ejecución del contrato tiene por finalidad la de que los licitadores puedan preparar una oferta competitiva, la ponderación de los criterios de adjudicación tiene por finalidad dar transparencia al proceso de análisis y comparación de las ofertas mediante la expresión del peso que tendrá cada criterio de adjudicación en la toma de decisión.

Tampoco puede ser aceptado el argumento del poder adjudicador de que con esta información el recurrente tendría una ventaja competitiva respecto del resto de los licitadores, pues facilitar dicha información es una obligación legal y, además, conforme al punto 26 de la carátula del PCAP los licitadores pueden solicitar información adicional sobre los pliegos y documentación complementaria que se debe publicar en el perfil del contratante (artículo 138.3 LCSP y la cláusula 10.2.16 del PCAP). Consecuentemente, la información facilitada debería ser publicada en el perfil de contratante con lo que sería accesible a todo potencial licitador interesado en participar en el procedimiento.



[Resolución 163/2018](#)

Este Órgano ha venido señalando (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 y la jurisprudencia europea que en ella se cita) que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que 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 todos los licitadores 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. Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la verdadera voluntad del poder adjudicador mediante criterios interpretativos aplicados a cláusulas contradictorias o imprecisas, castigándole con una grave consecuencia (en este caso, la exclusión de su oferta) si no tiene éxito en la tarea o si la conclusión obtenida no es la misma que la sostenida por el órgano de contratación (ver el artículo 1288 del Código Civil).

Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita). A juicio de este OARC / KEAO, llegar a comprender que la verdadera intención de la Administración es establecer un servicio de 3 horas diarias, como pide la versión en euskera, no requiere un trabajo hermenéutico precisado de herramientas jurídicas complejas, ni tampoco un exhaustivo análisis sistemático de las cláusulas oscuras (ver, como ejemplo contrario, las Resoluciones 44 y 68/2018 del OARC / KEAO). Por el contrario, esta conclusión se deduce claramente del hecho de que otra cláusula relevante del PPT distinta de la contradictoria, y en ambas versiones lingüísticas, establezca esta condición (ver el apartado V del PPT, reproducido más arriba). Especialmente significativo es que el cuadro adjunto a la estipulación debatida sea también concordante con esta interpretación, pues solo así se explica que hable de 199 días y 597 horas ($199 \times 3 = 597$), cantidades incompatibles con una prescripción de 3 horas por semana, y que en ningún otro apartado del PPT pueda encontrarse una



referencia acorde con la interpretación de que se piden 3 horas por semana, lo que deja claro que es la versión en castellano la que obedece a un error. El recurrente no planteó la duda al poder adjudicador mediante la oportuna consulta, a pesar de que la contradicción era evidente.

También se considera relevante el hecho de que BPXPORT elaboró su oferta en euskera, precisamente la lengua en la que se expresó la voluntad real de la Administración, siendo extraño por lo tanto que pretenda acogerse a la versión en castellano. Debe añadirse que no parece conforme con el principio de proporcionalidad que, ante una contradicción tan fácilmente resoluble (y antes que eso, tan fácilmente detectable y, por lo tanto, posible objeto de una sencilla consulta aclaratoria), se acepte una oferta tan alejada de las necesidades mínimas del poder adjudicador y que, además, podría por esa razón ganar ilegítimamente ventaja frente a otros licitadores en la ponderación del precio como criterio de adjudicación, como bien indica el Ayuntamiento de Arrasate en su informe de respuesta al recurso.

[Resolución 169/2019](#)

A juicio de este OARC / KEAO, llegar a comprender que la verdadera intención de la Administración es distribuir los puntos de cada subcriterio establecidos con claridad en el PCAP utilizando la misma fórmula que la de la “propuesta económica”, como señala el propio apartado 13 del PCAP, no requiere un trabajo hermenéutico precisado de herramientas jurídicas complejas, ni tampoco un exhaustivo análisis sistemático de las cláusulas oscuras (ver, la Resolución 128/2019 del OARC / KEAO). Por tanto, a juicio de este Órgano la remisión a la “fórmula anterior” es una imprecisión que pudo ser fácilmente subsanable a través de una lectura detenida de los pliegos o mediante la oportuna consulta ante el poder adjudicador que la recurrente no efectuó y, por lo tanto, esta no puede obtener el amparo que el principio de transparencia concede al licitador diligente (ver, Resolución 123/2019 de este Órgano).

[Resolución 192/2023](#)

El apartado 2 del PPT establece que el adjudicatario debe asumir y cumplir todos los compromisos adquiridos por el actual adjudicatario con la Autoridad. Según el



recurrente, los citados compromisos no se detallan, por lo que los licitadores (excepto, en su caso, el actual contratista) desconocen el alcance de esta estipulación. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) Como señala el recurso, el apartado impugnado establece una obligación cuyo alcance y contenido se remite al que se deduzca de los compromisos adquiridos por el actual contratista con la Autoridad. El apartado no enumera ni describe exhaustivamente dichos compromisos y, lo que es relevante, tampoco los limita. Buena prueba de ello es que sí se citan varios compromisos (los derivados de la participación del Ayuntamiento en la Autoridad, integración tarifaria, etc.), pero sin que se trate de un listado tasado o cerrado, de tal forma que no se excluye que pueda haber otros, como demuestra el uso de la expresión “En todo caso...”.
- 2) En su actual redacción, la estipulación es inaceptable porque impone al adjudicatario unas obligaciones desconocidas en su alcance e importancia. Esta situación es contraria al principio de transparencia establecido en el artículo 1.1 LCSP, que requiere 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 para que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma, de modo que todos ellos dispongan de la información relevante para elaborar su oferta (ver, por todas, las Resoluciones 138 y 163/2018 del OARC / KEAO). Además, se concede una ventaja ilegítima al anterior contratista, que sí conoce los compromisos con él adquiridos, lo que infringe el principio de igualdad de trato (artículo 1.1 LCSP), que requiere, entre otras cosas, que todos los licitadores se encuentren en las mismas condiciones en el momento de presentar su proposición (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13/10/2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605).
- 3) Frente a lo expuesto en los epígrafes 1) y 2) anteriores, no puede aceptarse la alegación de que la documentación relativa a los compromisos citados en el apartado 2 del PPT es accesible en fuentes distintas de los pliegos, el anuncio u otros documentos contractuales, pues en el PPT no hay remisión alguna a



dicha fuente, sin que quepa exigir a los interesados que la busquen, pues la transparencia es un deber del poder adjudicador y no una carga de los operadores económicos (ver, por ejemplo, la Resolución 3/2020 del OARC / KEAO). Por otro lado, debe recordarse que, en cualquier caso, el conocimiento de esos compromisos no salvaría la invalidez de la cláusula, que radica especialmente en su redacción abierta, en la que caben obligaciones distintas de las mencionadas expresamente que no se detallan y que los potenciales licitadores desconocen.

[Resolución 102/2023](#)

La evidente contradicción en la información contractual conlleva la estimación de este motivo de impugnación, dado que el principio de transparencia se opone a que los pliegos contengan información errónea o contradictoria (en este sentido, la Resolución 92/2022 de este OARC / KEAO).

2.3. Libertad de acceso

[Resolución 78/2019](#)

Además, todo ello supone la conculcación del mandato de igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación (artículo 126.1 de la LCSP), que no es más que una especificación del principio general de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (artículo 1 de la LCSP), respecto de los cuales el TJUE ha declarado que revisten una importancia crucial en lo que se refiere a las especificaciones técnicas, debido a los riesgos de discriminación vinculados a la elección de estas, es decir, a la manera de formularlas (véase, en lo que respecta a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 62 y en lo que respecta a la Directiva 2014/24 y la sentencia de 25 de octubre de 2018 anteriormente citada, apartado 34).



2.4. Libre competencia

[Resolución 120/2020](#)

Finalmente, debe descartarse también el reproche de que la aceptación de la oferta de EYSA daría a esta empresa una posición dominante en la próxima licitación del mismo servicio. La verificación de la existencia de dicha posición y, en su caso, de que es ilegítima, depende del concreto clausulado de la documentación contractual que vaya a regir el futuro procedimiento de adjudicación y del estado del mercado y de la evolución tecnológica de la prestación contractual, cuestiones puramente especulativas en este momento, por lo que no pueden condicionar la validez de la oferta ni corresponde que este Órgano emita pronunciamiento alguno al respecto.

[Resolución 155/2020](#)

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado que las Directivas de contratación pública "...tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva" (ver el apartado 26 de la STJUE de 3/3/2005, C-21/03, ECLI:EU:C:2005:127); asimismo, la Directiva 2014/24/UE, parámetro interpretativo obligado de la LCSP, que es la norma que la incorpora a nuestro Ordenamiento, establece en el segundo párrafo de su artículo 18.1 que "La contratación no será concebida con la intención (...) de restringir artificialmente la competencia", añadiéndose que "Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos." Por su relevancia para el objeto de la impugnación, es importante recordar que por "operador económico" debe entenderse cualquier persona física o jurídica o agrupación de ellas que ofrezca servicios en el mercado, aunque no sea "licitador" o "candidato" en un procedimiento de adjudicación (ver los apartados 10, 11 y 12 del artículo 2.1 de la Directiva 2014/24/UE). Consecuentemente, la restricción artificial de la que habla la Directiva no se produce únicamente cuando su efecto es dañar o favorecer ilegítimamente a las empresas que desean obtener el contrato, sino que puede consistir también en la inserción de cláusulas que obstaculizan la libre prestación de servicios a operadores económicos distintos del adjudicatario de dicho contrato o de los licitadores o candidatos en él interesados. De hecho, incluso la decisión misma de



que un servicio sea prestado únicamente por un concreto operador, seleccionado en el correspondiente procedimiento de adjudicación y con exclusión de sus competidores en el mercado (“competencia por el mercado”), en lugar de permitir que los usuarios elijan libremente entre todas las empresas que actúan en dicho mercado (“competencia en el mercado”), puede ser contraria a la libre prestación de servicios por no ser, entre las disponibles, la opción más favorable a la libre competencia (ver, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 28/11/2018, nº de recurso 193/2015, ECLI: ES.AN:2018:5245).

(...)

Una vez establecido que los pliegos que rigen el contrato son restrictivos de la competencia, debe verificarse si la limitación que imponen es adecuada, es decir, si el perjuicio que causan a uno de los principios básicos de la legislación de contratación pública es necesario para garantizar otro interés general protegible. En este sentido, el TJUE ha establecido que, para considerarse legítima, una medida que impida, restrinja o haga menos atractivo el ejercicio de la libre prestación de servicios debe aplicarse de manera no discriminatoria, justificarse por razones imperiosas de interés general, ser adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho fin (ver, por ejemplo, las STJUE de 27/10/2005, C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 25, y de 5/4/2017, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, apartado 51, así como, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 58 y 179/2018 del OARC / KEAO).

2.6. Otros

2.6.1. Libertad de pactos

[Resolución 102/2019](#)

No procede aceptar el motivo impugnatorio sobre la aplicabilidad del artículo 184.2 de la LCSP, relativo al abono de una compensación por el trabajo desarrollado por los participantes en los concursos de proyectos. (...) Sin perjuicio de que, en su caso, una estipulación como la debatida podría tener cabida en el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 34.1 de la LCSP, lo cierto es que no existe un derecho del



recurrente a exigir su inserción en los pliegos (de hecho, el abono de compensaciones es discrecional, y no preceptivo, incluso en el concurso de proyectos).

[Resolución 212/2021](#)

Además de la no previsión del coste que supone la disposición de un vehículo de reserva para la ejecución del contrato; alegación analizada en el apartado d) anterior, la recurrente critica que se deba solicitar una autorización previa para el uso del vehículo de reserva. Este argumento debe ser desestimado. Téngase en cuenta que el artículo 34 de la LCSP permite que en los contratos del sector público puedan incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración y, a este respecto, se observa que el recurrente no alega infracción de norma o principio general del derecho alguno, más que una reflexión genérica de que se trata de una medida que afecta a la calidad del servicio.

2.6.2. Proporcionalidad

[Resolución 112/2019](#)

A partir de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre las medidas nacionales que pueden dificultar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados de la Unión Europea (UE), el OARC / KEAO ha venido señalando los requisitos que deben cumplir las cláusulas contractuales o del procedimiento de adjudicación (criterios de admisión o de adjudicación, condiciones de ejecución, etc.) para poder ser consideradas conformes a los principios de igualdad de trato, libre acceso y salvaguarda de la libre competencia que establecen los artículos 1.1 y 132 de la LCSP a pesar de tener la virtualidad de impedir o dificultar el acceso a la licitación a ciertas empresas o tipos de ellas (ver, por ejemplo, la sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C.2005:644 y las Resoluciones 84/2017 y 58 y 179/2018 del OARC / KEAO). Los citados requisitos son, en síntesis, que las cláusulas deben (i) aplicarse de manera no discriminatoria, (ii) estar justificados por razones imperiosas de interés general, (iii)



ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

2.6.3. Principios de buena fe y confianza legítima

[Resolución 92/2020](#)

Según reiterada jurisprudencia, “el principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro Ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración, (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento” (ver, entre otras, la STS de 21 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:251).

Pues bien, esta doctrina no resulta aplicable a la decisión recurrida. Se observa que el recurrente invoca una expectativa de que las decisiones discrecionales del poder adjudicador permanezcan invariables con independencia de las circunstancias concretas del procedimiento de contratación en el que se produzcan, lo cual choca frontalmente con la naturaleza de estas decisiones en las cuales se reconoce al poder adjudicador un cierto margen de valoración para que decida según su criterio dentro del marco de unos elementos reglados. El recurrente pretende que el núcleo (el estricto juicio o dictamen técnico) de una decisión discrecional se perpetúe en el tiempo, lo cual resulta claramente absurdo por suponer una forma adicional de regular la actividad contractual del poder adjudicador con una fuerza vinculante superior a la de la norma o los propios pliegos de la licitación.



[Resolución 027/2024](#)

Por ello, y con relación a lo anteriormente expuesto, debe descartarse la posibilidad de aplicación del principio de confianza legítima invocado por la adjudicataria, pues como ya tiene indicado este órgano (ver, por ejemplo, la Resolución 105/2015) para que ello sea posible estas actuaciones (las informaciones precisas, incondicionales y concordantes que procedan de fuentes autorizadas y fiables –STPICE de 18 de abril de 2007, asunto T-195/05, párrafo 87) deben estar incardinadas en el mismo procedimiento en el que se adopta la decisión (STS 7176/2012, de 30 de octubre); en consecuencia, no procede invocar la actuación de la administración en situaciones precedentes análogas, pues tal circunstancia no puede ser considerada como “garantía concreta” dada por la administración y que no se cumple en el presente procedimiento, pues aquella respuesta se refiere a un procedimiento de adjudicación diferente a este cuya adjudicación se impugna. Téngase en cuenta, además, que el resultado de aquellas consultas no se ha comunicado a los licitadores de la presente licitación, lo cual supone una vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato, además del de transparencia.



3. Capacidad, solvencia y clasificación

3.1. Operadores económicos

3.1.1. Centros especiales de empleo

[Resolución 130/2018](#)

En síntesis, dado que no se duda de que los pliegos impugnados se ajustan a la normativa nacional (Disposición Adicional Cuarta de la LCSP), la única argumentación legal que podría llevar a la estimación del recurso sería considerar, como pide CONACEE, que la aplicación de dicha normativa debe desplazarse en favor del efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/20/UE, lo que permitiría el acceso al contrato a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa empresarial. En su caso, la recurrente invita al OARC / KEAO a que, si lo cree necesario, plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) para materializar el efecto directo invocado y, en consecuencia, el éxito del recurso.

Para determinar la viabilidad de la argumentación del recurrente, este OARC / KEAO debe, en primer lugar, verificar si el citado artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE satisface los requisitos para gozar de efecto directo, cuestión que se analiza en la letra siguiente.

c) Sobre el posible efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE y la corrección de su transposición en la LCSP

La naturaleza, alcance y requisitos del efecto directo fueron analizados 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 órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales⁵. De dicho documento se deduce que la Directiva es una norma del derecho derivado de la

⁵ Disponible en el siguiente enlace:

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



UE que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Sin embargo, se trata de un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo sin que se haya incorporado su contenido, la consecuencia jurídica más relevante es que, si se cumplen ciertos requisitos, la Directiva tiene efecto directo, de modo que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado a su aplicación, desplazando en su caso la norma nacional que la contradiga. Por lo que interesa al caso, es especialmente importante señalar que entre los citados requisitos figura que la norma de la Directiva alegada contenga un mandato claro, preciso e incondicionado que el legislador nacional no ha respetado en la transposición al derecho interno (o que, simplemente, no ha traspuesto). Carecen de este requisito los preceptos cuyo contenido puede o no incorporarse al Ordenamiento nacional en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores sí cumplen esta condición.

La citada doctrina debe aplicarse al artículo 20.1 de la Directiva 2014/24/UE, que dice así:

Artículo 20

Contratos reservados

1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.



La justificación de esta reserva se contiene en el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, en virtud del cual:

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.

Esta opción se incorpora al derecho interno vigente en la Disposición adicional cuarta de la LCSP, cuya literalidad es la siguiente:

Disposición adicional cuarta. Contratos reservados.

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

(...)

Debe destacarse que la reserva se refiere a los centros especiales de empleo de iniciativa social y que la propia LCSP en su Disposición Final decimocuarta introduce un apartado cuarto al art. 43 del TRLGDP, en la que define este tipo de centros especiales de empleo en los siguientes términos:



Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

A juicio de este OARC / KEAO, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no establece un mandato claro e incondicionado⁶, se trata de una posibilidad de transposición (“podrá”) que el estado miembro puede o no ejercer, de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (que supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos capacitados con independencia de su forma o características legales u organizativas) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta. Con más razón, una vez tomada la opción de transposición, el legislador goza de un margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar en el derecho interno lo que se entenderá por operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas. La existencia de dicho margen descarta que nos hallemos ante un mandato preciso, claro e incondicionado merecedor de efecto directo.

También ha de descartarse que la transposición haya sido incorrecta por traspasar los límites del margen de actuación que ampara al estado miembro en esta tarea, sea por no respetar el núcleo necesario del precepto (que el recurso parece extender hasta negar la existencia de margen discrecional alguno), indisponible por ese margen, o por elaborar una incorporación fraudulenta por contraria a la intención de la Directiva

⁶ En este sentido se manifiestan los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales 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”.



(por ejemplo, mediante su transposición parcial, incompleta o selectiva). En particular, este Órgano estima que la incorporación del concepto operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas efectuada por la LCSP es plenamente respetuosa con la Directiva. En síntesis, el legislador nacional ha querido que en ese término se incluyan solo los Centros Especiales de Empleo que se caractericen por (i) ser promovidos y participados en más de un 50 por ciento por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos y (ii) obligarse a la reinversión íntegra de sus beneficios en favor de las personas discapacitadas, bien sea en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

Esta incorporación de la Directiva, ciertamente no la única posible, no es, sin embargo jurídicamente reprochable. Es difícil negar que el hecho de que una entidad promovida por otras sin ánimo de lucro y que se obliga a reinvertir todos sus beneficios en la finalidad social que le es propia (lo que, en negativo implica, por ejemplo, un compromiso de no repartir dividendos entre los titulares de su capital social) tiene rasgos que la diferencian significativamente de otras entidades que no las cumplen (aunque sean Centros Especiales de Empleo) y que justifican el diferente tratamiento legislativo; indudablemente, tales rasgos son un baremo perfectamente aceptable para determinar si se satisface o no el requisito de la Directiva de tener como principal objetivo la integración social y profesional.

También debe tenerse en cuenta que el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos, se refiere expresamente a empresas sociales. Este concepto carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales, y las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros le han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se



reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión. Como puede comprobarse, se trata de una definición similar a la que la LCSP hace de los Centros beneficiarios de la reserva que se debate.

Por todo ello, no cabe entender que el artículo 20.1 goza del efecto directo que invoca el recurrente, que entiende que dicho precepto establece que deben incluirse necesariamente en el ámbito de la norma de transposición las empresas de inserción de iniciativa empresarial.

d) Sobre la discriminación de los Centros Especiales de Empleo distintos de los de iniciativa social

Finalmente, hay que señalar que no cabe estimar la alegación de que la reserva efectuada a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social es discriminatoria y contraria a la competencia. Como bien explica el citado Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, la reserva ya es, de por sí, una discriminación positiva que supone una excepción, justificada por razones sociales, a los principios de igualdad de trato, libre acceso a las licitaciones y libre competencia en los que se basa el Derecho de la Unión en materia de contratación pública; a partir de ahí, el legislador se ha limitado a determinar el ámbito subjetivo de dicha discriminación positiva, y a juicio de este OARC / KEAO, lo ha de modo conforme a la Directiva.

[Resolución 129/2019](#)

El apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP (en adelante, DA 4ª de la LCSP) establece, en síntesis, que, mediante Acuerdo del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real



Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100. El recurrente alega que la reserva impugnada es desproporcionada y restrictiva de la competencia; a juicio de este OARC / KEAO, este motivo de impugnación debe rechazarse por las razones que se exponen a continuación:

1) La DA 4ª de la LCSP no establece ningún límite al tipo o al importe de los contratos que pueden acogerse a ella; es más, como bien señala el poder adjudicador, el Acuerdo sobre contratos reservados fija los objetivos mínimos que deben alcanzar en la materia las entidades incluidas en su ámbito de aplicación, pero no impide que puedan efectuar reservas que superen los porcentajes en él previstos o que se refieran a contratos cuyo objeto (determinado según el CPV) no está comprendido en él (ver, por ejemplo, el informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

2) Se observa que no hay una justificación expresa de la decisión de reservar el contrato, como pide el artículo 116.4 a) de la LCSP que, a juicio de este Órgano, debe entenderse que no se refiere únicamente a los motivos para seleccionar uno de los procedimientos previstos en el artículo 131 de la LCSP, sino también a las cuestiones procedimentales que, como la analizada, son relevantes para limitar a un cierto tipo de operadores económicos el acceso al contrato. No obstante, la falta de motivación es una irregularidad puramente formal, pues ni impide al acto alcanzar su finalidad ni provoca indefensión alguna, dado que la DA 4ª de la LCSP no contiene ningún elemento discrecional cuya existencia deba verificarse para legitimar la opción de la reserva (en particular, no se pide ningún juicio de proporcionalidad de la medida) y apenas contiene elementos reglados en el mismo sentido, más allá de la correcta delimitación de los operadores económicos beneficiarios y la constancia de una referencia a la propia norma en el anuncio de la disposición, aspectos ambos que no



son objeto de debate (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

3) Tanto la DA 4ª de la LCSP como el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, que es la norma que la primera incorpora a nuestro Ordenamiento, son una excepción que el propio legislador establece al principio general de libre competencia (artículo 18.2 de la Directiva y artículo 1.1 de la LCSP) justificada por razones de política social; así, el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE es claro cuando afirma, entre otras cosas, que la reserva facilita el acceso al mercado de la compra pública a operadores que cumplen una importante función de integración social pero que en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos; es decir, se trata de una discriminación positiva (ver la Resolución 130/2018 del OARC / KEAO). Esta excepción no es absoluta, pues permite una licitación de acceso limitado a cierto tipo de empresas que compiten por el contrato, pero no la adjudicación directa a una de ellas elegida sin concurrencia ni publicidad previa; además, también en los procedimientos de adjudicación sometidos a la reserva de la DA 4ª de la LCSP debe procurarse, en el marco de las especialidades que los caracterizan, la salvaguarda de la libre competencia, lo que implica, entre otras cosas, la configuración del contrato y del procedimiento para que se dé la máxima participación posible en este último. En este sentido, CUSTAR alega que de procedimientos anteriores similares al impugnado se deduce que la reserva de los contratos de gestión documental a CEEIS finaliza con la adjudicación a una única empresa que cumple el requisito de acceso limitado y además tiene capacidad para ejecutar la prestación. Sin embargo, en los datos aportados en el recurso y en los que constan en el expediente no se acredita que dicha falta de concurrencia sea imputable al poder adjudicador, ni que este se aproveche de ella para beneficiar a una concreta empresa, ni mucho menos que las medidas que la Administración pueda adoptar para remediarla deban concluir necesariamente en una licitación no reservada a la que el recurrente pudiera presentar una proposición.

(...)

1) La finalidad de la DA 4ª de la LCSP es fomentar el empleo y la ocupación como medios de integración en la sociedad de personas discapacitadas o desfavorecidas (ver el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE), y este objetivo se desvirtuaría si, de hecho, una parte o la totalidad de la prestación y, consecuentemente, del volumen



económico y de empleo generado del contrato aprovechara a operadores económicos diferentes de las beneficiarias de la reserva que en ningún caso podrían haber sido adjudicatarias, como es el caso de la recurrente.

2) Aunque la LCSP no contiene una prohibición expresa de la subcontratación de los contratos reservados con empresas no beneficiarias de la reserva, del segundo párrafo del artículo 65.1 de la LCSP se deduce que la condición de CEEIS es en este caso un requisito de aptitud, existiendo en la LCSP ejemplos de cómo dichos requisitos (solvencia, clasificación, no estar en prohibición de contratar...) se exigen también a los subcontratistas (ver, artículo 215.2 b de la LCSP); asimismo, y en última instancia, debe recordarse que es aplicable la clásica prohibición del fraude de ley contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil.

[Resolución 5/2022](#)

En síntesis, INTEGRA solicita la nulidad de los pliegos porque el contrato limita el alcance de la reserva de su adjudicación a los CEEs de iniciativa social y Empresas de Inserción, dejando fuera de ella a los CEEs de iniciativa empresarial, como es el caso de la recurrente. Esta reserva es claramente ajustada a la DA 4ª de la LCSP; sin embargo, se alega que dicha norma es contraria al Derecho de la UE, por lo que no puede aplicarse para fundamentar la restricción impugnada. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano al respecto, las cuales reproducirán sustancialmente las ya realizadas a propósito de impugnaciones similares a la ahora analizada (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 100, 129 y 130/2018) y valorarán la repercusión en el debate jurídico de la sentencia del TJUE de 6/10/2021, C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810.

a) Sobre la adecuación de la reserva establecida en la DA 4ª de la LCSP al Derecho de la UE

El criterio reiteradamente sostenido por el OARC / KEAO es que la DA 4ª de la LCSP es conforme con el Derecho de la UE y, en particular, con el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, que traspone a nuestro Ordenamiento. Los argumentos en los que se apoya esta posición son, en síntesis, los siguientes:



- 1) Debe descartarse que la incorporación del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE haya sido incorrecta por traspasar los límites del margen de actuación que ampara al estado miembro en esta tarea, sea por no respetar el núcleo necesario del precepto, indisponible por ese margen, o por elaborar una incorporación fraudulenta por contraria a la intención de la Directiva (por ejemplo, mediante su transposición parcial, incompleta o selectiva). En particular, este Órgano estima que la traslación del concepto “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas” efectuada por la LCSP es plenamente respetuosa con la Directiva. En síntesis, el legislador nacional ha querido que en ese término se incluyan solo los CEEs que se caractericen por:
 - (i) ser promovidos y participados en más de un 50 por ciento por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos y
 - (ii) obligarse a la reinversión íntegra de sus beneficios en favor de las personas discapacitadas, bien sea en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.
- 2) La incorporación de la Directiva plasmada en la LCSP, ciertamente no la única posible, no es, sin embargo, jurídicamente reprochable. Es difícil negar que el hecho de que una entidad promovida por otras sin ánimo de lucro y que se obliga a reinvertir todos sus beneficios en la finalidad social que le es propia (lo que, en negativo implica, por ejemplo, un compromiso de no repartir dividendos entre los titulares de su capital social) tiene rasgos que la diferencian significativamente de otras que no los cumplen (aunque sean también CEE), lo que justifica el diferente tratamiento legislativo. Tales rasgos son un parámetro perfectamente aceptable para determinar si se satisface o no el requisito de la Directiva de tener como principal objetivo la integración social y profesional.
- 3) El Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, al justificar la razón de esta reserva de contratos, se refiere expresamente a “empresas sociales”. Este



concepto carece en el Derecho de la UE de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales, por lo que las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros le han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar. Estos principios comunes aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, lo que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión. Como puede comprobarse, se trata de una definición similar a la que la LCSP hace de los Centros beneficiarios de la reserva debatida.

- 4) Tampoco puede aceptarse que el argumento de que la reserva en favor de los CEEs de iniciativa social sea contraria a la competencia. Como bien explica el citado Considerando 36, la reserva ya es, de por sí, una discriminación positiva que supone una excepción, justificada por razones sociales, a los principios de igualdad de trato, libre acceso a las licitaciones y libre competencia en los que se basa el Derecho de la UE en materia de contratación pública. A partir de ahí, la trasposición nacional se ha limitado a determinar el ámbito subjetivo de dicha discriminación positiva, y a juicio de este OARC / KEAO, lo hace de modo conforme a la Directiva. Finalmente, debe descartarse que sea aplicable al caso la sentencia del TJUE de 26/1/2021, C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64. Esta sentencia se refiere a un caso de discriminación en el empleo de un colectivo de trabajadores discapacitados respecto a otro colectivo distinto de trabajadores discapacitados, tratados de manera dispar por el empresario. Consecuentemente, no tiene relación con un supuesto como el analizado, en el que el recurrente califica como discriminatoria una norma jurídica que trata de forma desigual a dos tipos de entidades.



b) Sobre la sentencia del TJUE de 6/10/2021

El recurrente cita en su apoyo las Conclusiones del Abogado General de 29/4/2021 en el asunto C-598/19, cuyo objeto es una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre la adecuación de la DA 4ª de la LCSP al artículo 20 de la Directiva 2014/ 24/UE. Esta cuestión se ha respondido en la sentencia de 6/10/2021 (citada íntegramente más arriba y dictada con posterioridad a la presentación del recurso), cuya parte dispositiva establece lo siguiente:

El artículo 20, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad.

Una vez establecida por el TJUE la adecuación jurídica de que la norma de trasposición incluya criterios adicionales a los previstos en el artículo 20 de la Directiva, aunque supongan la exclusión del ámbito de la reserva de ciertas entidades, la sentencia deja en manos del órgano jurisdiccional remitente el análisis del encaje de los citados criterios en el Tratado de Funcionamiento de la UE. En particular, debe verificarse el respeto a la libre circulación de mercancías, a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, así como a los principios de igualdad de trato y proporcionalidad, los cuales figuran también en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE (apartado 33). Para llevar a cabo esta tarea, el TJUE aporta una serie de consideraciones (apartados 35 a 45). A la vista de todo ello, este Órgano entiende que la exposición del contenido del epígrafe a) anterior satisface las condiciones y límites del análisis encomendado al órgano jurisdiccional nacional y que su conclusión es coherente con la sentencia del TJUE. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) Aunque los CEEs de iniciativa empresarial tengan en común con los CEEs de iniciativa social la finalidad de garantizar un empleo remunerado a las personas con discapacidad e incluyan en su plantilla el mismo porcentaje mínimo de



estas personas, la diferencia de trato en favor de estos últimos se basa en características que optimizan su valor social y económico para conseguir en mayor grado dicha finalidad (apartado 41). Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE se refiere a operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas, y que los requisitos adicionales establecidos en la LCSP se dirigen precisamente a concretar si dicha integración es efectivamente el objetivo principal de la empresa.

- 2) Actuar con ánimo de lucro, aun siendo un comportamiento legítimo y propio, en principio, de un operador del mercado, puede desplazar a un segundo plano los aspectos sociales que se busca potenciar. De hecho, el fundamento de la reserva del artículo 20 de la Directiva es paliar los efectos perniciosos del funcionamiento normal del mercado y de la libre competencia en las empresas cuyo objetivo principal es el empleo de las personas discapacitadas (ver el Considerando 36 de la Directiva) y no la obtención de beneficios. Por ello, la regulación de la LCSP es correcta porque viene a reforzar la posición de dichas empresas en el mercado.
- 3) Análoga observación se puede hacer respecto de la obligación de reinvertir los beneficios en los objetivos sociales, la cual puede ser contraria a la lógica empresarial común pero contribuye a que el reparto de beneficios entre los propietarios o socios de la empresa no detraiga recursos en perjuicio de dichos objetivos.
- 4) Finalmente, que el operador se rija por principios democráticos y participativos propios de las entidades sin ánimo de lucro o por el interés general que rige la actuación de las entidades públicas permite comprobar que efectivamente persigue el logro de objetivos sociales y que el peso de los propietarios o socios en la toma de decisiones no se basa principalmente en razones de índole empresarial.
- 5) Por las razones expuestas en los epígrafes 1) a 4) anteriores, este Órgano no considera que los requisitos adicionales solicitados por la LCSP vayan más allá



de lo necesario para alcanzar los objetivos pretendidos por el legislador (apartado 44 de la sentencia). Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE busca privilegiar el acceso a la compra pública de operadores que, de otro modo, tendrían dificultades para compatibilizar su supervivencia en el libre mercado con su finalidad social, hasta el punto de que podrían llegar a tener que sacrificar esta última en favor de dicha supervivencia. Los requisitos adicionales de la DA 4ª de la LCSP han acentuado las características de organización y gestión que mejor contribuyen a este objetivo social, a pesar de que las mismas características pueden entorpecer su actividad en el mercado. Consecuentemente, es proporcionado y no excede de lo necesario para obtener el objetivo buscado que la reserva prevista en la Directiva se restrinja a quienes ostentan las citadas características.

3.1.2. Unión Temporal de Empresas

[Resolución 2/2022](#)

La Resolución impugnada identifica como adjudicatario a la UTE VOILA + IGK, y ATXURRA afirma que ningún operador económico se presentó como tal UTE a la licitación. A juicio de este Órgano, el motivo del recurso no puede aceptarse por las siguientes razones:

- 1) La LCSP permite la contratación con las UTEs sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya adjudicado el contrato a su favor. Los operadores económicos que deseen licitar integrados en una UTE deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como asumir el compromiso de constituirse formalmente en UTE si resultan adjudicatarios del contrato; asimismo, deberán nombrar un representante o apoderado único de la UTE con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones



derivados del contrato. Finalmente, deberá aportarse un DEUC por cada empresa participante (artículos 69, apartados 1 y 3, y 140.1 e) de la LCSP).

- 2) Analizada la documentación que consta en el expediente, se observa que IG KARRATU ARKITEKTURA indicó en el DEUC (Parte II) que acompañaba a su oferta que participaba en el procedimiento de contratación junto con otros cuatro operadores, los cuales se identifican nominalmente en dicho documento; además, incluyó en su proposición los DEUC de dichos operadores, los cuales indican la misma intención de participación conjunta y con los mismos copartícipes. Asimismo, IG KARRATU ARKITEKTURA adjuntó un documento que sigue el modelo establecido en el Anexo II.4 del PCAP denominado “Compromiso de constituirse formalmente en UTE”, suscrito por los cinco operadores y en el que éstos asumen el compromiso de constituirse formalmente en UTE, señalan los porcentajes de participación de cada empresa y nombran como representante a la persona física que es a su vez representante de IG KARRATU ARKITEKTURA. Finalmente, la citada persona física firma, diciendo expresamente que lo hace representando a la UTE VOILA + IGK, la declaración de datos de carácter personal, el compromiso de adscripción de medios, la designación como confidencial de parte del contenido de la oferta y la declaración de compromisos asumidos respecto a las personas que vayan a ejecutar la prestación.
- 3) A la vista de lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores no cabe duda de que, como bien entendió el poder adjudicador durante el procedimiento, el ánimo de IG KARRATU ARKITEKTURA era concurrir en UTE con otros cuatro operadores, los cuales compartían dicha intención. Esa es la única explicación de que se haya hecho el esfuerzo de satisfacer todos los requerimientos legales exigibles para licitar en unión temporal y la interpretación coherente con la voluntad literalmente expresada por los interesados.
- 4) A juicio de este Órgano, frente a la evidencia de que el auténtico licitador es una UTE que cumple con todos los requerimientos legales, que la oferta fuera formalmente presentada a nombre de una única empresa no es significativo y debe considerarse un error en su confección que no impide conocer su



contenido y alcance ni juzgar su ajuste a la LCSP y a los pliegos. En este sentido, no es aceptable la alegación de que la oferta incumple el apartado 12.2.1.1. de las Condiciones Generales del PCAP. Este epígrafe, como su propio título indica, recoge tan solo los requisitos para la utilización del sistema de licitación electrónica, pero no ninguna condición que deban satisfacer las proposiciones, por lo que es del todo punto desproporcionado excluir una oferta materialmente correcta con base en él. Así, que el compromiso de UTE no estuviera registrado en el sistema de habilitación temporal, como indica dicho apartado, carece de importancia ante el hecho de que la oferta lo incluye indubitadamente.

- 5) Finalmente, no se observa (ni el recurso lo alega) que durante la tramitación del procedimiento la incidencia denunciada por ATXURRA y la interpretación asumida por el órgano de contratación y confirmada por este Órgano hayan supuesto alguna ventaja ilegítima para el adjudicatario que permita apreciar infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1.1 de la LCSP).

3.2. Prohibiciones de contratar

3.2.1. Momento en el que debe concurrir la ausencia de prohibiciones de contratar

[Resolución 204/2019](#)

En este sentido, este Órgano comparte la postura mantenida por el TACRC en su Resolución 193/2019 que, en síntesis, establece que el artículo 140.4 de la LCSP ha de interpretarse en el sentido de que no exige que la situación de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad social deba producirse, además de en la finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento de la perfección del contrato, durante todo el procedimiento de licitación, cabiendo la posibilidad de que existan deudas en el periodo intermedio, siempre y cuando no las haya en los dos momentos literalmente citados en el mencionado artículo.



3.2.2. Prohibición de contratar por retirada indebida de la oferta

[Resolución 108/2021](#)

La resolución de este motivo impugnatorio requiere el análisis de la concurrencia de la prohibición de contratar alegada. Manifiesta la recurrente que INFOBIBLIOTECAS se halla incurso en la prohibición de contratar contemplada en el artículo 71.2.a) de la LCSP consistente en a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia. A tal efecto en el recurso se alegan y aportan como prueba, los siguientes documentos pertenecientes a dos procedimientos de contratación disponibles en la Plataforma de Contratación del Sector Público (Contratos identificados con los códigos SUMIN-ABR_SP_SMPL/2020000005 y 2019-043395): (i) Acta de apertura de pliegos del procedimiento abierto simplificado abreviado, convocado por este ayuntamiento con motivo de suministro de material bibliográfico y audiovisual para la red de Bibliotecas de Molina de Segura, donde figura como empresa propuesta adjudicataria del contrato INFOBIBLIOTECA (documento nº 6 del recurso), (ii) Anuncio publicado en la Plataforma de contratación del Sector Público de adjudicación del contrato anterior a la empresa Librería técnica e Informática S.L. por ser la oferta mejor valorada por retirada de Infobibliotecas (documento nº 7 del recurso), (iii) propuesta de adjudicación del contrato de “Suministro de fondos bibliográficos a la biblioteca pública municipal de Puerto del Rosario” donde consta que “La entidad INFOBIBLIOTECAS S.L., no presenta la documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas en la cláusula 12.3, 18.2 y 19 del PCAP del pliego para ser adjudicatario del contrato, así como los certificados de estar al corriente en las obligaciones tributarias de acuerdo con lo estipulado en el art. 150.2 de la LCSP” (documento nº 8 al recurso)

A la vista de los referidos documentos el motivo impugnatorio debe ser desestimado porque de ninguno de ellos se desprende que INFOBIBLIOTECAS haya retirado indebidamente la proposición o haya mediado dolo, culpa o negligencia en la cumplimentación de la documentación a facilitar en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. Además, de existir la de prohibición de contratar, su alcance afectaría



únicamente al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración, si bien se podrían extender sus efectos al sector público en el que se integra el órgano de contratación (artículo 73.1 de la LCSP).

En definitiva, la recurrente no aporta ninguna prueba de que INFOBIBLIOTECAS esté incurso en una prohibición para contratar y, por consiguiente, que haya efectuado una declaración falsa. A este respecto, ha de 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 (ver, en este sentido la Resolución 210/2019 del OARC / KEAO).

3.2.3. Prohibición de contratar por sentencia firme de prevaricación o fraude

[Resolución 178/2022](#)

INTERMEDIO aduce que no le es de aplicación la causa de exclusión aducida por el recurrente (artículo 57.1.c) de la Directiva 2014/24/UE), pues los delitos por el que ha sido condenado su representante no están relacionados con los intereses financieros de la Unión europea. Esta alegación no puede ser aceptada por las siguientes razones, si bien se adelanta que los efectos o alcance de la prohibición se analizarán en el apartado c) posterior:

- 1) A juicio de este OARC / KEAO el análisis de la concurrencia de la prohibición para contratar debe partir de los hechos referidos en el apartado a) y denunciados por la recurrente, y no tanto de la calificación jurídica que ha efectuado éste en su escrito. En este sentido, INTERMEDIO no niega, es más, aporta toda la documentación en la que consta que ha sido condenado como cooperador necesario del delito de prevaricación administrativa (artículo 404 del Código Penal) en concurso con el delito de fraude (artículo 436 del Código Penal).
- 2) Nos hallamos ante dos de los llamados “delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública” que, si bien no son subsumibles en el artículo 57.1.c) de la Directiva 2014/24/UE, sí que lo son en la letra b) del citado artículo que contempla como motivo de exclusión imperativo la corrupción tal y como se



defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico.

- 3) En cualquier caso, los diversos motivos de exclusión que contiene el artículo 57.1 de la Directiva 2014/24/UE han sido traspuestos todos ellos en el apartado 1 del artículo 71 de la LCSP, donde figura, entre otros, la mención expresa a la prohibición para contratar si concurre la circunstancia de condena mediante sentencia firme por el delito de prevaricación o fraude.

- a) Sobre el alcance de la prohibición de contratar derivada de la Sentencia nº 802/2016.

Alega INTERMEDIO que la pena ha sido cumplida y la responsabilidad penal extinguida y que, en cualquier caso, no ha existido ninguna declaración acerca de la prohibición para contratar, su duración y su alcance.

A este respecto, resulta relevante que la Sentencia impone a don I.A.G. las penas accesorias legales previstas para los delitos cometidos. Uno de dichos delitos, el de fraude del artículo 436 del Código penal, conlleva aparejada a la pena principal la de la inhabilitación para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público por un tiempo de dos a siete años, si bien la Sentencia no se pronuncia expresamente sobre su alcance y duración, tal y como lo exige el artículo 72.2 de la LCSP para su apreciación directa por el órgano de contratación. A este respecto y, en cualquier caso, (i) la sentencia ha sido ejecutada y extinguida la condena el 1 de abril de 2022, fecha anterior al plazo de presentación de ofertas y (ii) no consta que se haya sustanciado el trámite previsto en el artículo 72.3 de la LCSP para poder apreciar su duración y alcance por lo que la prohibición no es ejecutiva (artículo 73.3 de la LCSP). Tal y como afirma la STS 3366/2021 de 14 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3366) las prohibiciones de contratar, como toda limitación, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda.



Consecuentemente, se ha de deducir que sobre INTERMEDIO y, en particular, sobre su representante, no concurría el motivo de prohibición para contratar del artículo 71.1 de la LCSP en el momento de presentación de la oferta al contrato que nos ocupa ni en el de su adjudicación.

3.2.4. Prohibición de contratar por proporcionar negligentemente información engañosa que influye en el procedimiento de adjudicación

[Resolución 178/2022](#)

(...) El formulario normalizado se divide en seis partes. La parte III se refiere a los criterios de exclusión, cuya primera subdivisión se refiere a “Motivos referidos a condenas penales”, en el que consta la siguiente pregunta a la que INTERMEDIO ha contestado “No”:

Parte III: Motivos de exclusión

A: Motivos referidos a condenas penales El artículo 57, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE establece los siguientes motivos de exclusión:

(...)

Corrupción

¿Ha sido el propio operador económico, o cualquier persona que sea miembro de su órgano de administración, de dirección o de supervisión o que tenga poderes de representación, decisión o control en él, objeto, por corrupción, de una condena en sentencia firme que se haya dictado, como máximo, en los cinco años anteriores o en la que se haya establecido directamente un período de exclusión que siga siendo aplicable? Tal como se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 195 de 25.6.1997, p. 1) y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DO L 192 de 31.7.2003, p. 54). Este motivo de exclusión abarca también la corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador (entidad adjudicadora) o del operador económico.

Indique la respuesta

☐ Sí

☐ No

Fecha de la condena



-

Motivo

-

¿Quién ha sido condenado?

-

Si está fijada directamente en la condena, duración del período de exclusión.

-¿Se han adoptado medidas para demostrar su credibilidad («autocorrección»)?

☐ Sí

☐ No

Descríbalas

-

(...)

Visto el valor y alcance del DEUC señalado en el apartado d.1) anterior y las circunstancias concurrentes, a juicio de este OARC / KEAO la pretensión de la recurrente ha de ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) La pregunta del DEUC ha de ponerse en relación con el artículo 71.1.e) de la LCSP, que dispone como circunstancia que impide contratar el haber incurrido en falsedad, entre otras, al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140. Por su parte, este artículo, referido a la presentación de la documentación acreditativa de los requisitos previos, dispone en su apartado 1, letra a) apartado 3º que en el procedimiento abierto las proposiciones irán acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación en la que el licitador ponga de manifiesto, “Que no está incurso en prohibición para contratar por si misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de esta Ley”. La consecuencia que se desprende de ello es que la prohibición opera en el supuesto de que el licitador efectúe una declaración responsable que no se corresponde con la realidad.
- 2) Cabe excluir a un operador económico de la participación en un contrato público cuando sea considerado responsable de proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia determinante sobre las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación de un contrato



público (ver, artículo 57.4.i) de la Directiva 2014/24/UE y la STJUE, de 4 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:338, apartado 78). No obstante, en el supuesto que nos ocupa la información facilitada se corresponde con la realidad del licitador tanto en el momento de la presentación de su oferta como en el de la adjudicación del contrato a su favor. Dicho con otras palabras, en el momento de presentación de la oferta y la adjudicación del contrato INTERMEDIO no está incurso en ninguna prohibición para contratar. A este respecto, este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver la Resolución 204/2019) que las circunstancias relativas a la ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

- 3) Por todo lo anterior, no puede considerarse que el DEUC contenga una afirmación que no se ajusta a la realidad. Debe señalarse que, en todo caso, incluso en el supuesto de que se observara alguna discordancia u omisión entre lo declarado y dicha realidad, tal diferencia sería irrelevante para el desarrollo del procedimiento de adjudicación, habida cuenta de la inexistencia efectiva de causa de prohibición. En este sentido, las naturalezas de medidas limitadoras de derechos de las prohibiciones de contratar imponen su interpretación restrictiva; en la misma línea, el tercer párrafo del Considerando 101 de la Directiva 2014/24/UE establece que la aplicación del principio de proporcionalidad implica que las irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. A ello se ha de sumar que, de apreciarse una hipotética concurrencia de la circunstancia del artículo 57.4.i) de la Directiva 2014/24/UE, la exclusión no sería automática, pues conforme al artículo 56.4 de la Directiva 2014/24/UE, cuya eficacia directa ha sido declarada por el TJUE en su sentencia de fecha 14 de enero de 2021, asunto C387/19, ECLI:EU:C:2021:13, un operador económico no puede ser excluido del procedimiento de contratación si logra demostrar, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras adoptadas restablecen su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión que le afecte.



3.2.5 Prohibición de contratar por no disponer de un plan de igualdad

[Resolución 174/2023](#)

En síntesis, la recurrente solicita la exclusión de la adjudicataria por no tener ésta debidamente inscrito en el registro correspondiente el Plan de Igualdad, lo que supone incurrir en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP para las empresas de 50 o más trabajadores y consistente en “no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.” Debe reseñarse que la adjudicación impugnada se basa exclusivamente en la falta de la adecuada inscripción del Plan y no en ninguna otra irregularidad que pudiera afectarle.

A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión, que se basan en la doctrina de este OARC/KEAO al respecto (ver sus Resoluciones 114, 125 y 137 de 2023).

a) Sobre la prohibición de contratar en virtud del artículo 71.1 d) de la LCSP y el alcance del requisito de la inscripción del Plan de Igualdad en el Registro

La recurrente solicita la anulación del acuerdo de adjudicación impugnado, porque la normativa de aplicación contempla la inscripción del Plan de Igualdad como un acto de carácter constitutivo y, dado que la adjudicataria no tenía debidamente realizada la citada inscripción a fecha de presentación de las ofertas ni con ocasión del trámite del artículo 150.2 LCSP, debe entenderse que se encuentra incurso en la prohibición de contratar del artículo 71.1.d) LCSP y debe ser excluida. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) El artículo 71.1 d) de la LCSP establece la prohibición de contratar por “no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres”. El citado artículo 45, como su propio título indica, se refiere a cuestiones como los casos en los que es obligatorio contar con un Plan y su procedimiento de elaboración (negociada entre



la empresa y los representantes de los trabajadores). Sin embargo, no hace ninguna referencia a la obligación de publicación, que figura en otro precepto de misma Ley, concretamente el artículo 46.5, así como en el artículo 11.3 del Real Decreto 901/2020. Tampoco los pliegos que rigen la licitación hacen mención específica a la obligación de la inscripción registral. En este sentido, debe indicarse que este Órgano ya ha establecido que las causas de exclusión deben estar claramente consignadas en el pliego, además de ser proporcionadas y, en virtud del principio de transparencia, ser suficientemente precisas como para ser interpretadas de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que no sucede en este caso (ver, por ejemplo, la Resolución 39/2022 del OARC / KEAO y 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 y la Resolución 067/2014 del OARC / KEAO).

- 2) Por otro lado, la inscripción registral del Plan no es un requisito constitutivo del mismo, de tal manera que se pueda decir que sin dicha inscripción el Plan tiene una tacha de invalidez. Este alcance constitutivo de la inscripción no está expresamente recogido en la normativa aplicable, como cabría esperar de un requisito tan esencial e inhabitual en los registros administrativos; por otro lado, del artículo 9 del Real Decreto 901/2020, que afirma que el periodo de vigencia o duración de los planes se determinará por las partes negociadoras y no podrá ser superior a cuatro años, se deduce que la validez del Plan es independiente de su inscripción (ver, por ejemplo, la Resolución 1664/2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). En este sentido, la propia Resolución de fecha 14 de abril de 2023 de la directora general de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social de inscripción del Plan de igualdad de URGATZI en el REGCON señala su vigencia desde el 1 de octubre de 2021 y hasta el 30 de septiembre de 2025, esto es, declara su validez desde una fecha muy anterior a la de la efectiva inscripción y, por ende, al de la presentación de las ofertas.
- 3) Asimismo, debe tenerse en cuenta que los Planes de Igualdad recogidos en la LO 3/2007 no dejan de ser, en principio, un producto de la negociación colectiva, igual que lo son los convenios colectivos a los que se refieren los



artículos 82 a 92 del Estatuto de los Trabajadores (ET) (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 26/1/2021, nº 95/2021, ECLI:ES:TS:2021:350 y los apartados 1 y 2 del artículo 85 del ET). Para dichos convenios se exige, como requisito formal cuyo incumplimiento se sanciona con la nulidad, la formalización por escrito (artículo 90.1 del ET). Por el contrario, la presentación del convenio ante la autoridad laboral dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen es “a los solos efectos de registro” (artículo 90.2 del ET). De esta redacción se deduce que la inscripción es declarativa y que el convenio (y, por las mismas razones, el Plan de Igualdad, que generalmente es también un documento pactado) se perfecciona por el consentimiento de las partes, sin perjuicio de su posible impugnación ante los órganos del orden jurisdiccional social (artículo 90, apartados 5 y 6, del ET).

[Resolución 233/2023](#)

- 2) Por otro lado, de la información que consta en el expediente y de la aportada junto con el escrito de contestación al recurso se desprende que, si bien el III Plan de Igualdad de la empresa SEDENA tenía un plazo de vigencia que finalizaba el 31 de diciembre de 2022, también es cierto que consta un ACTA del Grupo de Igualdad de SEDENA en el que se señala que ante la próxima conclusión del plazo de vigencia del III Plan de Igualdad Se acuerda prorrogar la vigencia del mismo hasta que no se haga efectivo el acuerdo de negociación del próximo Plan... Ello implica que las partes negociadoras del IV Plan dan continuidad al tercer Plan en cuanto a su aplicación efectiva, seguimiento y control de todas las medidas aprobadas en materia de igualdad. Asimismo, la Comisión Negociadora constituida para la elaboración y aprobación del IV Plan de Igualdad de SEDENA, señala textualmente:



EXPONEN

Que esta Comisión Negociadora del IV Plan de Igualdad de Sedena, constituida por las personas anteriormente mencionadas, certifica que Sedena S.L. mantiene vigente el III Plan de Igualdad de la empresa.

La empresa Sedena ha venido aplicando y ejecutando las medidas contempladas en el III Plan de Igualdad hasta la fecha.

Que la representación social de las personas trabajadoras para el IV plan de Igualdad ratifica la prórroga del III Plan de Igualdad hasta la elaboración definitiva y registro del próximo Plan de Igualdad que la presente Comisión está negociando.

- 3) De lo expuesto, este Órgano deduce que la empresa adjudicataria SEDENA disponía a fecha de presentación de las ofertas (15/5/23) de un Plan de Igualdad prorrogado por las partes y, por lo tanto, plenamente aplicable. Téngase en cuenta por otra parte, que el artículo 9 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, no prohíbe la tácita o explícita prórroga de los Planes vigentes, por lo que tras la válida prórroga adoptada por las partes el Plan ha de considerarse vigente.

[Resolución 115/2024](#)

(...) la recurrente no discute el carácter constitutivo o no de la inscripción en el REGCON por ser conocedora de la doctrina de este Órgano a los efectos de apreciar la concurrencia de la prohibición de contratar alegada. Sin embargo, niega la existencia o la validez del Plan de Igualdad porque la autoridad laboral lo habría invalidado al observar un déficit de representación de los firmantes. Esta alegación no puede aceptarse, pues, como bien indica GESTAGUA, el REGCON no es la autoridad competente para invalidar o anular un plan de igualdad. El REGCON puede denegar la inscripción si aprecia defectos que impiden la misma desde el plano formal, pero si apreciase que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros debe dirigirse de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, por aplicación analógica del art. 90.5 del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, los planes de igualdad



negociados y aprobados por las comisiones negociadoras se presumen válidos salvo que un órgano jurisdiccional declare lo contrario, hecho que no consta haber ocurrido en el presente supuesto, ni corresponde a este Órgano juzgar puesto que excede de sus competencias.

3.2.6 Apreciación de las prohibiciones de contratar por el poder adjudicador según la jurisprudencia del TJUE

[Resolución 114/2024](#)

El análisis del recurso debe partir de la determinación de la normativa aplicable al asunto, fuertemente influida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que interpreta la Directiva 2014/24/UE:

- 1) El artículo 7.1 b) LCSP establece, en síntesis, que no podrán contratar con las entidades del sector público las personas sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el LISS. Esta prohibición de contratar se apreciará directamente por los órganos de contratación si la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración. En el caso de que la sentencia o la resolución no contengan este pronunciamiento, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, según lo dispuesto en el artículo 72.3 LCSP.
- 2) Lo anterior debe ser matizado por la jurisprudencia del TJUE, especialmente por las sentencias de 19/06/2019, asunto C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507 y de 21/12/2023, asunto CC-66/22, ECLI: EU:C:2023:1016 (en adelante, “sentencia C-41/18” y “sentencia C-66/22”, respectivamente). Ambas sentencias (especialmente la sentencia C-66/22) son ampliamente referenciadas en la Resolución 28/2024 del OARC / KEAO. De esta jurisprudencia se deduce, en resumen, lo siguiente:



- El artículo 57.4 c) de la Directiva 2014/24/UE permite a los poderes adjudicadores excluir a un licitador del procedimiento de adjudicación de un contrato público si pueden demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad.
- La Directiva 2014/24/UE atribuye al poder adjudicador (y solo a él) la tarea de apreciar, en la fase de selección de los licitadores, si un licitador debe quedar excluido del procedimiento de adjudicación por falta de integridad y fiabilidad. En este sentido, la inexistencia de una decisión de prohibición de contratar adoptada previamente por otro órgano no puede ni impedir ni dispensar al poder adjudicador de realizar esa apreciación (ver, por ejemplo, el apartado 79 de la sentencia C-66/22). A tal efecto, el poder adjudicador debe poder efectuar su propia valoración de los actos cometidos u omitidos por un licitador antes del procedimiento de adjudicación o durante el mismo.
- El poder adjudicador debe motivar su decisión de exclusión, pero también la decisión de no excluir a un licitador incurso en un motivo recogido en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE. La decisión denegando, incluso implícitamente, la exclusión de un operador económico por uno de los motivos previstos en el artículo 57.4 debe poder impugnarse por cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato y que haya sido o haya podido resultar perjudicada por una infracción de dicho precepto (ver el apartado 90 de la sentencia C-66/22).

a) Sobre las infracciones atribuidas a la adjudicataria impugnada y su relevancia para el caso

La base legal de la impugnación es la existencia de sanciones por infracciones muy graves recogidas en la LISS. Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) La recurrente aporta, como documentación adjunta al escrito de recurso, cuatro actas de infracción fechadas entre los días 4 de abril y 6 de septiembre de 2023



y emitidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En ellas se considera que la adjudicataria impugnada ha incurrido en un retraso reiterado en el abono de salarios debidos, lo cual supone una infracción administrativa tipificada como muy grave en el artículo 8 LISS. Las actas se extienden "...a los efectos de dar inicio al procedimiento sancionador", por lo que es evidente que no acreditan que LA PAU haya sido sancionada por una infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el LISS, como indica el artículo 71.1 b) LCSP. Consecuentemente, no existiría la prohibición de contratar que sustenta el recurso. Debe señalarse, además, que el artículo 57.4 c) de la Directiva 2014/24/UE recoge como causa de exclusión la comisión de una falta profesional grave que pone en entredicho la integridad del licitador, siempre que dicha comisión pueda demostrarse por "medios apropiados", sin que la documentación aportada por la recurrente pueda considerarse suficiente a estos efectos.

2) En sus alegaciones, LA PAU aporta una copia de la Resolución de 26/04/2024, de la Viceconsejera de Trabajo y Seguridad Social, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por ella contra la Resolución de 5/02/2024 del Director de Trabajo y Seguridad Social. En esta última Resolución se acordaba confirmar la cuantía de la sanción propuesta en el acta de infracción e imponer a la adjudicataria impugnada una sanción de 18.000 euros por la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 8.1 LISS por retraso en el abono del salario debido. A juicio de este Órgano, esta información es relevante para valorar la viabilidad del recurso por las siguientes razones:

- Aunque no consta que se haya adoptado ninguna decisión que se pronuncie sobre el alcance y duración de la prohibición a la que se refieren los artículos 72.2 y 73.1 de la LCSP, lo cierto es que de ambas resoluciones se deduce la existencia de un supuesto de prohibición de contratar previsto en el artículo 71.1 b) LCSP, aunque éste no se haya declarado (ver, en este sentido, la Resolución 28/2024 del OARC / KEAO). En particular, las resoluciones pueden ser un "medio apropiado" para acreditar una falta profesional grave a los efectos del artículo 57.4 c) de la Directiva 2014/24/UE.



- A estos efectos, no es significativa la alegación de LA PAU de que está a la espera de impugnar judicialmente la Resolución de 26/04/2024 antes de la finalización del plazo legalmente establecido para ello (que, según el escrito de alegaciones, finalizaría el día 27/06/2024). De acuerdo con la sentencia C-41/18, la Directiva 2014/24/UE se opone a una legislación nacional que impide al poder adjudicador cualquier valoración sobre la fiabilidad del licitador afectado con base en la impugnación judicial de una decisión acreditativa de la existencia de una falta profesional grave de las descritas en el artículo 57.4 c) de la Directiva 2014/24/UE (ver, en especial, los apartados 28 a 42 de la sentencia).
- Se observa que el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) aportado por LA PAU y suscrito el día 29/01/2024, el adjudicatario impugnado responde “No” a la pregunta “¿Se ha declarado al operador económico culpable de una falta profesional grave?”. La misma respuesta negativa consta para las preguntas sobre incumplimiento de las obligaciones en los ámbitos del Derecho social y del Derecho laboral. Estas respuestas fueron, hasta donde puede deducirse de este expediente, veraces, pues se emitieron con anterioridad a las Resoluciones citadas en este mismo apartado 2).
- No obstante lo anterior, el artículo 57.5 de la Directiva 2014/24/UE no limita el análisis de la causa de exclusión al momento de la presentación de la proposición y del DEUC, sino que permite que tal exclusión se produzca “en cualquier momento del procedimiento” y “en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo”. En el mismo sentido, el artículo 140.4 LCSP establece que las circunstancias relativas a la ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.

b) Conclusión



A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) de este Fundamento jurídico, el recurso debe estimarse parcialmente con las siguientes consecuencias:

- 1) La anulación de la adjudicación del contrato.

La retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador, a la vista de las Resoluciones de 26/04/2024 y de 5/02/2024 citadas en el apartado 2) de la letra b) anterior, valore la posibilidad de excluir al adjudicatario impugnado por la comisión de una falta profesional grave y resuelva en consecuencia sobre este particular. En dicha valoración, el poder adjudicador deberá apreciar de acuerdo con el principio de proporcionalidad todas las circunstancias concurrentes en el caso, y dar audiencia al licitador para que alegue lo que estime oportuno en defensa de su fiabilidad, especialmente la posible existencia de medidas de autocorrección (ver sobre todo ello el artículo 72.5 LCSP, las sentencias C-41/18 y C-66/22 y los Considerando 100 y 101 de la Directiva 2014/24/UE).

3.2.7 Medidas de autocorrección (“self cleaning”)

[Resolución 187/2024](#)

c) Las medidas de corrección

Antes de entrar a examinar la pretensión del recurrente de exclusión de la adjudicataria por falta de fiabilidad y, habida cuenta que la adjudicación se basa en las medidas de cumplimiento presentadas por aquel, procede efectuar algunas consideraciones sobre la finalidad de estas medidas, así como sobre la naturaleza e intensidad del control que puede ejercer este Órgano sobre la valoración efectuada por el poder adjudicador de las concretas presentadas por el adjudicatario.

b.1) Sobre la finalidad de las medidas de cumplimiento

Las medidas correctoras figuran en el artículo 72.5 de la LCSP que es la transposición a nuestro ordenamiento jurídico del artículo 57.6, de la Directiva 2014/24 (que goza



de efecto directo conforme a la sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2021, C-387/19), en relación con el considerando 102 de esta. La finalidad que persiguen es la de permitir al poder adjudicador asegurarse de la integridad y fiabilidad de cada uno de los licitadores y, por tanto, de que no se romperá la relación de confianza con el operador económico de que se trate (véanse, en este sentido, la STJUE de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, apartado 29, y de 3 de octubre de 2019). Desde ese punto de vista, se garantiza, por principio, el derecho de todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 (motivos de exclusión obligatorios y facultativos) a aportar pruebas de que las medidas adoptadas son suficientes para acreditar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente (ver, la STJUE de 3 de junio de 2025, Cosmo, C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445, apartado 35). En resumen, las medidas de cumplimiento aportadas deben permitir demostrar que son adecuadas para evitar que se repita el comportamiento reprochado, habida cuenta de las circunstancias particulares en las que se cometieron las infracciones.

Por su parte, se ha de tener en cuenta que la finalidad y funciones del poder adjudicador y de la autoridad laboral que le impone la sanción son diferentes. Mientras que esta última está encargada de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a Derecho adoptado por esos actores, el poder adjudicador debe apreciar los riesgos a los que podría verse expuesto al atribuir un contrato a un licitador cuya integridad o fiabilidad es dudosa (ver en este sentido la STJUE de 24 de octubre de 2018, Vossloh, C-124/18, ECLI:EU:C:2018:855). Esta es la razón por la que las medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, deben ser precisamente las apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas (artículo 57.6 de la Directiva 2014/24).

b.2) Acerca del control del OARC / KEAO sobre la valoración de las medidas correctoras



En lo que a la comisión de infracciones administrativas sancionables se refiere, el examen y valoración de las medidas de cumplimiento adoptadas por el licitador en orden a corregir la infracción administrativa en la que ha incurrido, el poder adjudicador debe partir de una base reglada, que es la verificación del pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la valoración de si las medidas técnicas, organizativas y de personal adoptadas son las apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (artículo 72.5 de la LCSP), si bien en esta tarea dispone de un margen de apreciación. Consecuentemente, el control de este Órgano consistirá en constatar si el poder adjudicador ha verificado el pago o el compromiso del pago de la sanción administrativa y si la valoración de las medidas técnicas, organizativas y de personal se ha efectuado en el marco de la discrecionalidad técnica, esto es, respetando los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional técnica de la Administración, que se refieren especialmente a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Estos límites impiden la fiscalización del llamado “núcleo material de la decisión” (el estricto juicio o dictamen técnico), por lo que este OARC / KEAO no puede sustituir por las suyas las apreciaciones que sobre las medidas ha efectuado el poder adjudicador, pero no el de sus “aledaños”, que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

El ajuste a la legalidad de la decisión solo podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume del poder adjudicador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del acuerdo adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, el recurrente tiene la carga de demostrar que el análisis efectuado por el poder adjudicador no es razonable o que las



conclusiones no son creíbles o las medidas inadecuadas. Procede señalar que este control lo ejerce este Órgano a través de la motivación de la decisión que, además, es la que posibilita a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP).

Finalmente, el principio de proporcionalidad exige una apreciación concreta e individualizada de la actitud del operador de que se trate sobre la base de todos los elementos pertinentes (sentencia de 3 de junio de 2021, Rad Service y otros, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 40 y jurisprudencia citada). Particularmente, la evaluación de las medidas adoptadas por los operadores económicos se efectuará teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta (artículo 57.6 de la Directiva 2014/24).

3.3. Clasificación

3.3.1. La clasificación como medio alternativo de acreditación de la solvencia

[Resolución 154/2021](#)

La recurrente considera que la adjudicataria debió ser excluida por no acreditar la solvencia exigida por los pliegos mediante la clasificación a la que hace referencia la cláusula G de la Carátula. Este motivo impugnatorio debe desestimarse por los siguientes motivos:

- 1) El artículo 77.1 LCSP restringe la obligatoriedad de la clasificación a los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a los 500.000 euros; en los contratos de obras de valor inferior a 500.000 euros y en los contratos de servicios (siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, según el CPV del contrato) es un medio alternativo de acreditación de la solvencia, de modo que en estos casos los operadores económicos pueden optar por acreditar su solvencia mediante la clasificación



correspondiente o mediante el cumplimiento de los requisitos específicos exigidos.

- 2) En el presente supuesto, un contrato de servicios, el poder adjudicador no pide, como pretende la recurrente, que los licitadores acrediten su solvencia de forma acumulativa (clasificación y cumplimiento de requisitos específicos), sino de forma alternativa. Además de señalarlo así en la respuesta dada a una cuestión planteada por un licitador, la cual le vincula (artículo 138 de la LCSP y cláusula 7 del PCAP), el Ayuntamiento, en cumplimiento del artículo 77 de la LCSP, se ha limitado a establecer en el pliego el Grupo, subgrupo y categoría de clasificación correspondientes al contrato porque el objeto del mismo lo permite, constituyendo únicamente un medio de acreditación de la solvencia alternativo y no una exigencia excluyente.

[Resolución 030/2023](#)

El recurrente considera que los pliegos han de ser anulados porque no especifican el grupo y subgrupo de clasificación y categoría de contratista de servicios, alternativa a la acreditación de la solvencia. Este motivo de impugnación ha de ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Conforme al artículo 77.1.b) de la LCSP la clasificación no es exigible en los contratos de servicios. No obstante, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, el anuncio de licitación o la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán, además de los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional, el grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes 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.

- 2) El punto 1 del Anexo I del PCAP identifica las prestaciones que son objeto del contrato en el Código CPV 90500000-2 (servicios relacionados con desperdicios y residuos) y en su aparato 11, donde se relacionan los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica, en lo que concierne a la clasificación a exigir especifica que “NO procede”.
- 3) En el ANEXO II del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, “RD 1098/2001”), donde se relaciona la correspondencia de los subgrupos de clasificación de servicios con los códigos CPV de los trabajos incluidos en cada subgrupo, se observa que no consta el código CPV 90500000-2 (“Servicios relacionados con desperdicios y residuos”). No obstante, teniendo en cuenta que el objeto del contrato consiste en el transporte profesional de residuos, a juicio de este Órgano el código CPV 90512000-9 “Servicios de transporte de desperdicios” resulta más preciso para identificar el objeto del contrato que el especificado en el PCAP y dicho código se corresponde en el citado Anexo II del “Real Decreto 1098/2001”, con el Subgrupo de clasificación R-5.

(...)

3.4. Solvencia

3.4.1. No discriminación

[Resolución 160/2018](#)

De acuerdo con el artículo 74 de la LCSP, para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se



determinen por el órgano de contratación; asimismo, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para acreditarlos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. A la vista de este precepto, se observa lo siguiente:

- 1) Como se deduce de la motivación expresada en el último párrafo de la cláusula impugnada, la intención del poder adjudicador es admitir a la licitación únicamente a las empresas que, además de haber suministrado energía renovable por un cierto importe (como exige el “Tercer requisito” de la misma cláusula 21.2), acrediten que, en el último año con datos disponibles, solo y exclusivamente han suministrado este tipo de energía. Ello supone que las empresas que han vendido un gran volumen de energía procedente de fuentes renovables, incluso aunque sea muy superior al que representa el valor estimado del contrato, no pueden acceder a la licitación si, además, han vendido un porcentaje de energía no procedente de fuentes renovables, sea cual sea este porcentaje y con independencia de la cantidad de energía de origen renovable que, en términos absolutos, hayan suministrado. Este requerimiento no es aceptable, pues no prueba ninguna capacidad técnica para la ejecución del contrato y, especialmente, ninguna capacidad técnica adicional o distinta de la que ya se demuestra mediante la relación de suministros previos similares a los que se pretende adquirir, que por cierto también se solicita como “Tercer requisito” de solvencia técnica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.1 a) de la LCSP. En este sentido, no se alcanza a entender por qué es solvente técnicamente la empresa que ha vendido un volumen muy pequeño de energía renovable que, sin embargo representa la totalidad de sus ventas, y no lo es otra que ha vendido un volumen muy grande de dicha energía, aunque además haya vendido también energía procedente de otras fuentes; dicho de otra forma, no hay razón para pensar que el hecho de vender energía de varios orígenes anula o disminuye la capacidad para suministrar energía renovable, pues ambas empresas obtienen la electricidad de la misma red de distribución o transporte y pueden adquirir igualmente GDOs expedidas a los productores de energía renovable. La explicación del pliego es que de un informe de la CNMC se deduce que hay 76 empresas comercializadoras (el 64% de todas ellas) que satisfacen la condición y que ello garantiza que no se restringen los principios de salvaguarda de la libre competencia e igualdad de



trato (artículo 1 de la LCSP). Este Órgano entiende que este argumento no es convincente y que sí se infringen dichos principios. El cumplimiento del principio de igualdad implica que cualquier trato desigual a los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato se fundamente en hechos o situaciones jurídicamente relevantes y en razones proporcionadas no arbitrarias ni discriminatorias, lo que, como ya se ha expresado, no sucede en este caso; es irrelevante que el número o porcentaje de las empresas discriminadas sea grande o pequeño. Análoga observación se puede hacer de las restricciones ilegítimas de la libre competencia, que no dejan de serlo aunque, a pesar de ellas, pueda optar al contrato una cantidad significativa de empresas.

Consecuentemente, debe anularse la estipulación impugnada por no estar vinculada al objeto del contrato y resultar contraria a los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia (artículo 1 de la LCSP).

[Resolución 179/2018](#)

El recurrente considera que la exigencia del conocimiento de euskera es un requisito de solvencia técnica ilegal porque es contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre concurrencia. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta es, en principio, no discriminatoria, ya que se exige para todos los licitadores y todos ellos pueden satisfacerla, incluso mediante la integración de su solvencia con medios externos (artículo 75 LCSP). También se observa que su justificación responde a un



interés general, que es conseguir la promoción y normalización del euskera como idioma de trabajo y de servicio, con base en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera, la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi y la Ordenanza sobre el uso del euskera del Ayuntamiento de Villabona. Asimismo, parece adecuado acreditar una mínima solvencia lingüística, cuando dicha capacitación es necesaria para la correcta prestación objeto de contrato (asistencia a reuniones con personal técnico y político del ayuntamiento que muy mayoritariamente se celebran en euskera, la emisión periódica de informes también en lengua vasca, e incluso relación directa con los ciudadanos en un municipio en el que el 68% de la población es euskaldun, según el informe para el periodo 2016 del Instituto Vasco de Estadística). De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito de solvencia se requiera únicamente a una persona de todo el equipo que deba ejecutar la prestación, y que dicha persona sea precisamente la que se tiene que relacionar con la administración contratante, que tiene como objetivo en materia de normalización lingüística que el euskara sea el idioma de servicio en todos los departamentos del Ayuntamiento. Igualmente, el nivel lingüístico requerido es el C1, que no es el máximo grado de competencia lingüístico contemplado en el “Marco común europeo de referencia” pero que, sin embargo, es suficiente para satisfacer los objetivos de normalización lingüístico perseguidos por el Ayuntamiento. Finalmente, que el requisito se configure como parte de la solvencia técnica y no en otra fase del procedimiento de adjudicación o de la vida del contrato es también adecuado y proporcionado; por una parte, su inserción como criterio de adjudicación no garantiza plenamente el objetivo buscado (puede resultar seleccionada una oferta que no lo satisface), y por otro lado, no parece que su inclusión como requisito de admisión exigible a los licitadores y no como condición de ejecución para el contratista sea una dificultad desmedida para presentar una proposición, habida cuenta, por ejemplo, de que para la integración de la solvencia con medios externos basta con acreditar que se dispondrá de ellos para la ejecución del contrato (artículo 75.1 de la LCSP).

[Resolución 33/2022](#)

(...) No cabe que la experiencia exigida sea exclusivamente la adquirida como responsable de una Oficina Municipal de Información a las Personas Consumidoras



(en adelante OMIC), que son organismos que dependen de la administración local, tal y como lo solicita el PCAP, pero ni siquiera es admisible que lo sea la adquirida en cualquier administración pública, cuando la experiencia en la prestación que constituye el objeto contractual se puede acreditar también mediante servicios prestados al sector privado, igualmente afectado por la normativa de protección al consumidor, tal y como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 62/2018. Debe añadirse que la cláusula es contraria a Derecho en virtud del artículo 40 b) de la LCSP que considera anulables Todas aquellas 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. Téngase en cuenta que este precepto es una especificación del principio de libertad de acceso a las licitaciones y la salvaguarda de la libre competencia (artículo 1 de la LCSP) que, entre otras cosas, prohíbe que se otorgue ventajas injustificadas a los licitadores que cuenten con profesionales que hayan trabajado anteriormente en el sector público, de forma que se impide el acceso a empresas sin experiencia en dicho sector, convirtiéndolo en un mercado cerrado a nuevos licitadores y provocando el efecto perverso de convertirse en una infranqueable barrera de entrada para obtener la experiencia requerida. Por todo ello, el motivo impugnatorio debe ser estimado.

3.4.2. Titulaciones académicas

[Resolución 170/2018](#)

La pretensión del recurrente incluye la anulación de la citada cláusula por no incluir la exclusividad del título de TSIS y el requerimiento de que un nuevo pliego exija que para el perfil de técnico que desarrolle la intervención sea imprescindible el título de TSIS o los equivalentes establecidos en la Disposición Adicional Primera del Decreto 63/2014. Como bien señala el informe del poder adjudicador, la aplicación de la doctrina del OARC / KEAO sobre la cuestión debatida (ver, por ejemplo, la Resolución 89/2015) conduce a la desestimación del recurso por los siguientes motivos:

- 1) De acuerdo con el apartado 1 del PPT, el objeto del contrato impugnado es la prestación del servicio de acompañamiento socioeducativo a inquilinos / as del parque de viviendas gestionado por Alokabide, en los territorios de Araba, Bizkaia



y Gipuzkoa, servicio que se enmarca dentro de la intervención socioeducativa y psicosocial recogida en el artículo 15.2 h) de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales.

- 2) El artículo 36 de la Constitución Española establece que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1998 establece, sobre la reserva legal para el ejercicio de profesiones tituladas, que se debe (...) determinar si una norma con rango de ley contempla una profesión titulada, es decir una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos. Los recurrentes no alegan ninguna norma con rango de ley que reserve a las personas tituladas como TSIS el desempeño de las actividades objeto del contrato; de hecho, las normas citadas se circunscriben a regular los requisitos académicos y contenidos curriculares y no se refieren a estas materias. Por su parte, la Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco, tampoco establece dicha reserva, y su artículo 78.3 se limita a señalar 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.
- 3) Consecuentemente, debe concluirse que no existe la reserva legal en favor de la titulación de Técnico Superior en Integración Social y sus equivalentes académicas que los recurrentes reivindican, por lo que no cabe acceder a la pretensión del recurso.

[Resolución 171/2021](#)

A la vista de la documentación que consta en el expediente, las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión deben partir de la doctrina que este Órgano ha venido siguiendo en relación con la materia objeto de impugnación (ver, por todas, sus resoluciones 176/2018 y 159/2020), lo que conduce a la estimación del recurso por las siguientes razones:



- 1) El artículo 36 de la Constitución Española establece que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1998 establece, sobre la reserva legal para el ejercicio de profesiones tituladas, que se debe (...) determinar si una norma con rango de ley contempla una profesión titulada, es decir una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos. Por ello, en el caso de no existir la citada reserva legal, debe prevalecer el principio de “libertad con idoneidad”, ya que “...al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, estas 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” (ver la STS de 19/10/2015, recurso nº 1482/2013, ECLI: ES:TS:2015:4314, recogiendo la del mismo Tribunal de 22/4/2009, y todas las que cita; ver también la sentencia de 23/3/2021 del TSJPV, recurso nº 482/2020, ECLI:ES:TSJPV:2021:970, que se refiere a la idoneidad del Título de Técnico Superior en Integración Social).
- 2) Los pliegos recurridos exigen al personal que preste los servicios objeto del contrato estar en posesión del título de monitor o monitora o director o directora de tiempo libre, o del título de grado medio o superior en materia socioeducativa para el monitorado de los servicios de ludoteca y colonias de verano. No consta, ni el poder adjudicador alega, que estas actividades estén legalmente reservadas a las titulaciones señaladas; de hecho, el propio informe del poder adjudicador no descarta que la titulación alegada por el recurrente pueda ser equivalentes a éstas y, por lo tanto, aceptable.

[Resolución 22/2022](#)

La cuestión debatida en el presente recurso es si el título presentado por quien va a realizar las funciones de “Arquitecto/a técnica plataforma Lotus Notes Domino”, consistente en el de “Maitrise de sciences et techniques” emitido por la Universidad Michel de Montaigne – Bordeaux-, es equivalente a un título superior, que es el



requisito exigido en el apartado 15.3 y adenda III del PCAP. A juicio de este Órgano el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) En la UE no existe el reconocimiento automático de los títulos académicos. Téngase en cuenta que las administraciones de los países de la UE siguen siendo responsables de sus sistemas educativos y son libres de aplicar sus propias normas, que entre otras cosas contemplan el reconocimiento o no de los títulos obtenidos en el extranjero.
- 2) En lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, el Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, es el que establece los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado. En concreto y en lo que a la resolución de la cuestión planteada afecta, la declaración de equivalencia de un título extranjero a un determinado nivel formativo significa el reconocimiento oficial de la formación superada para la obtención de dicho título como equivalente a la exigida para la obtención de un nivel académico inherente a cualquiera de los niveles en que se estructuran los estudios universitarios españoles (artículo 4.b) del Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre), con exclusión de los efectos profesionales respecto de aquellos títulos susceptibles de obtenerse por homologación, que no es el caso en el supuesto que nos ocupa por no hallarse la actividad para la que se solicita el título superior reservada a una determinada profesión titulada. Por su parte, los efectos de la declaración de equivalencia a nivel académico son los de otorgar al título extranjero, en todo el territorio nacional, desde la fecha en que sea concedida y se expida la correspondiente certificación, los efectos correspondientes al nivel académico respecto del cual se haya declarado la equivalencia (artículo 5.2 del Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre). En consecuencia, el nivel académico al que se corresponde en España el título extranjero requiere de una previa declaración administrativa.



- 3) Por lo que se refiere al Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República Francesa sobre el reconocimiento mutuo de títulos y grados de enseñanza superior alegado por ambas partes, cada una de ellas en defensa de su postura, su artículo 4 especifica que a los efectos del Acuerdo el término «reconocimiento» significa que la autoridad competente de una Parte declara que un título obtenido en la otra Parte tiene el mismo nivel y especifica que en España la autoridad competente para el reconocimiento del grado académico correspondiente a los estudios oficiales de grado es el Ministerio de Educación y Ciencia (artículo 4.3). Asimismo, se especifica que el reconocimiento se efectúa «previa solicitud de los interesados». Consecuentemente, en contra de lo alegado por la recurrente, el citado acuerdo internacional no regula una declaración de equivalencia automática de los diversos títulos obtenidos en ambos países, por el contrario, de su articulado se desprende la necesidad de que en el caso de España el «reconocimiento» se efectúe por la administración, de lo que se desprende que para contrastar si la titulación aportada cumple con las exigencias de la cláusula 15.3 del PCAP y Anexo III, es necesario que se aporte la correspondiente declaración de equivalencia, circunstancia que el propio recurrente reconoce que, si bien ha sido solicitada, no ha sido concedida.

6.4.3. Trabajos similares

[Resolución 181/2018](#)

Vista las alegaciones de las dos partes, este ÓARC/KEAO considera que: (i) es obvio que la ley sitúa el listón en la solicitud de edificaciones que guarden un cierto parangón en cuanto a entidad o presupuesto; (ii) frente a ello lo demandado en la cláusula particular es tan específico y exigente que hasta la propia administración se ve en la



necesidad de ampliar el plazo de la realización de los trabajos desde los tres a los diez años (y hasta los 20 en una nueva formulación); (iii) este Órgano comparte la alegación del recurrente frente al criterio debatido, ya que es claramente excesivo en cuanto que limita desproporcionadamente la concurrencia en abierta contradicción con el espíritu mismo de la propia ley, ya que los únicos que podrían optar al desarrollo del trabajo sería sólo aquél reducidísimo número de profesionales que han desarrollado en los últimos diez años un trabajo de exactamente las mismas características, cercenando indebidamente de este modo las legítimas oportunidades de aquellos otros que, sin embargo, en su trayectoria profesional han adquirido ya suficiente experiencia como para poder afrontar de manera ciertamente satisfactoria un trabajo como el que nos ocupa; (y iv) en definitiva, la utilización de un requisito de acreditación de la "solvencia técnica" tan limitador como el que nos ocupa produce un efecto contrario a los principios esenciales que informan todo el sistema legal de contratación pública, a saber; la instauración de una suerte de proceso de retroalimentación o círculo vicioso en cuanto a las adjudicaciones, que opera en la práctica como infranqueable barrera a la posible entrada de nuevos licitadores que no tienen experiencia porque no pueden acceder a las licitaciones por no tener experiencia. Por todo ello, el presente requisito de solvencia debe anularse.

[Resolución 39/2019](#)

La alegación de que la adjudicataria no cuenta con la experiencia profesional requerida como requisito de solvencia técnica o profesional debe ser rechazada ya que esta exigencia, a falta de previsión expresa en el PCAP sobre cómo determinar si un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, se debe observar acudiendo a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV (artículo 90.1.a) último párrafo de la LCSP). En el contrato que nos ocupa, el CPV del servicio demandado es el 71200000-0 "Servicios de arquitectura y servicios conexos" que es el genérico que engloba y comprende el resto de servicios de arquitectura de carácter específico como el de "Servicios de asesoramiento en arquitectura" (CPV 71210000-3) y, la experiencia alegada y acreditada por la adjudicataria, certificada por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro (Delegación de Navarra), se refiere a obras de nueva planta (Expediente 2018A0520) y, el resto, a obras de reforma y reparación, siendo indiscutible que todas ellas se



hallan comprendidas en el CPV genérico de “Servicios de arquitectura”. En lo que respecta al importe de las obras también lo cumple porque, a falta de un umbral específico de solvencia técnica o profesional en el PCAP, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 90.2 de la LCSP de que el importe de los trabajos efectuados con anterioridad se apreciará conforme al importe anual acumulado en el año de mayor ejecución que será igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.

[Resolución 157/2019](#)

Al margen de que la entidad adjudicataria impugnada acredita de forma específica en uno de los contratos aportados (el suscrito con el Ayuntamiento de Igorre el año 2017) que ha realizado, entre otras, actividades relacionadas con la programación de cine, lleva razón el poder adjudicador al señalar que para determinar si un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato se debe acudir a los tres primeros dígitos del CPV (artículo 90.1.a de la LCSP). La cláusula 2 del PCAP señala de forma correcta que el código CPV aplicable es el 92000000 Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos que abarca, además de actividades relacionadas con el cine, los espectáculos teatrales y musicales, que igualmente forman parte del objeto del contrato. Este número de CPV es más genérico que el específico de servicios de cine, que se halla clasificada en el código CPV 92100000-2 y, como se observa, difiere del solicitado en el contrato en el tercero de los dígitos, por lo que la experiencia específica en exhibición de cine no es suficiente para acreditar la solvencia demandada en el PCAP.

[Resolución 169/2020](#)

Llegados a este punto, no es reprochable por desproporcionado, ni puede entenderse discriminatorio, que se soliciten dos servicios del mismo tipo que el que se pretende adjudicar cuyo valor económico conjunto (58.080 euros) es muy inferior al valor estimado de este último (144.000 euros); consecuentemente, no cabe acceder a la petición de cambiar la opción que discrecionalmente ha elegido el poder adjudicador por la que prefiere el recurrente, que no tiene derecho a exigir que la configuración del contrato le sea favorable.

(...)



Este Órgano ha señalado que, para apreciar la similitud entre los servicios anteriores realizados y el objeto del contrato a la que se refiere el artículo 90.1 a) de la LCSP (o, como en este caso, para determinar previamente en los pliegos los parámetros de dicha solicitud), el poder adjudicador cuenta con un margen de apreciación (ver, por ejemplo, la Resolución 105/2014). En el caso analizado, no resulta desproporcionado o discriminatorio centrar el punto de analogía entre ambos servicios en el volumen de la plantilla de las empresas destinatarias (según el poder adjudicador, la plantilla de TUVISA asciende a unas 380 personas), dado que parece razonable pensar que esta magnitud es un factor que puede incidir en la complejidad técnica de la prestación y en la capacidad técnica, organizativa y de recursos humanos que necesita el operador económico para ejecutarla con garantías de éxito.

[Resolución 173/2020](#)

- 1) En síntesis, el artículo 90.1 a) de la LCSP permite que la solvencia técnica o profesional se pruebe mediante una relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que el objeto del contrato. El OARC / KEAO ha establecido que, para determinar en los pliegos en qué consiste esta similitud entre los servicios realizados y el objeto del contrato, el poder adjudicador cuenta con un margen de discrecionalidad, pudiendo utilizar, desde luego, parámetros técnicos, pero también el valor económico de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 169/2020). En el caso analizado, el poder adjudicador ha escogido como punto de analogía el importe del presupuesto de contrata de la obra a la que se refieren, lo que parece adecuado, pues esta magnitud es un indicador del nivel de complejidad técnica de la prestación que en su día tuvo que afrontar el licitador y, por lo tanto, de que tiene la solvencia suficiente para ejecutar el contrato con garantías de éxito en el caso de resultar adjudicatario; de hecho, como ya se ha señalado, el COAVN no impugna el requisito como tal.
- 2) Una vez determinado que la solvencia necesaria se acredita mediante la prestación de trabajos anteriores de similar naturaleza al que es objeto del contrato, y que dicha similitud se verifica en relación con el presupuesto de contrata de la obra a la que se refieren, debe concluirse que no hay similitud entre el servicio objeto del contrato y los servicios ejecutados sobre obras de menor importe,



aunque conjuntamente sumen la citada cantidad. Como bien señala el poder adjudicador, del mismo modo que no sería aceptable que un licitador individual acreditara su solvencia técnica mediante la realización de varios trabajos sobre obras de importes menores a 1.000.000 euros pero que en cómputo global alcanzaran esa cifra, tampoco lo sería que la misma acreditación se permitiera conjuntamente a los operadores económicos componentes de una UTE. En este sentido, el problema no es si se ha infringido o no el artículo 24.1 de la RGLCAP, que establece que para determinar la solvencia de una UTE han de acumularse las características acreditadas por cada uno de los integrantes, sino otra cuestión previa, que es la consideración de si el requisito de solvencia debatido es susceptible de acreditarse mediante adición. A juicio de este Órgano, la respuesta es negativa: si los trabajos sobre obras cuyo presupuesto de contrata es inferior a 1.000.000 euros no son similares a los que son objeto del contrato, mediante la adición de varios de ellos tampoco se alcanzará dicha similitud, pues muchos trabajos de escasa complejidad no son equivalentes a uno de gran complejidad, aunque lo sean los importes de las obras a las que se refieren. Por el contrario, sí es posible dar el requisito por cumplido para la UTE si lo acredita uno solo de sus integrantes o si cada uno de los dos trabajos lo acredita un integrante distinto, como bien señala la aclaración impugnada haciendo una interpretación correcta de la acumulación de características a la que se refiere el artículo 24.1 del RGLCAP.

[Resolución 184/2020](#)

Finalmente, debe ser desestimada la alegación de la recurrente de que la coincidencia de los tres primeros dígitos de la CPV de los servicios cuya experiencia acredita con los del contrato es suficiente para acreditar la igualdad o similitud de todos ellos. Este OARC /KEAO ha manifestado en su Resolución 7/2020 que, a falta de precisión en los pliegos de lo que se debe considerar como servicio de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, se debe estar, en principio, a lo que dispone el artículo 90.1.a) de la LCSP segundo párrafo en lo referente a que “Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, en defecto de previsión en el pliego, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV”, pero que esta regla no opera de forma automática, sino que se deben contrastar los



servicios certificados con las prestaciones definidas en las bases de la licitación al objeto de examinar la existencia o no de similitud material. En el supuesto que nos ocupa este parámetro de contraste ha sido completado con el análisis del régimen jurídico del servicio, que regula su contenido de forma precisa y específica, con la conclusión que figura en el apartado 1) de que no nos hallamos ante servicios análogos.

3.4.4. Documento europeo único de contratación (DEUC)

[Resolución 133/2018](#)

Este Órgano ya se ha pronunciado respecto al valor y alcance del DEUC (ver, en este sentido, la Resolución 54/2018) y, conforme a esta doctrina, se debe señalar que 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:

- el DEUC debe ofrecer también la información pertinente 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).

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 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 75 de la LCSP) 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.

(...)

Lo que no procede es que ALDABE, aprovechando el trámite de subsanación, acredite la solvencia económica y presente otro DEUC en el cuál manifiesta que para satisfacer los criterios de selección va a acudir a la capacidad de otras entidades, todo ello, además, una vez concluido el plazo de presentación de las ofertas. Este proceder es 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. Admitir una acreditación en estos términos sería ir en contra del principio de igualdad de trato de los licitadores, pues implicaría dar a uno de ellos la oportunidad de completar su proposición de forma extemporánea. Además, la posibilidad de subsanación de los defectos documentales contenidos en una proposición no debe permitir aportar el cumplimiento de requisitos que no se cumplían en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y tampoco debe conceder al licitador la opción de aportar documentación que, aun existiendo en el momento de formular la oferta, pretende otorgar a la oferta presentada un significado diferente al expresado en la documentación inicialmente aportada. Por ello, no es aplicable a esta controversia ni el artículo 141 de la LCSP, ni el 81 del RGLCAP, ni la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 303/2017 invocada por el poder adjudicador, ya que el supuesto es distinto. En aquél caso, procedía la subsanación porque no se habían rellenado los



datos correspondientes a la solvencia, pero en el presente supuesto sí que se han cumplimentado, y lo que ocurre es que no alcanzan el umbral mínimo exigido.

Finalmente, señalar que el art. 69.4 Ley de Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en la LCSP (ver su Disposición Final cuarta), 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. 39.2 a) LCSP). Así, sería nulo de pleno derecho el contrato celebrado con quien no dispone de la solvencia económica exigida.

[Resolución 52/2019](#)

El DEUC presentado por la recurrente no estaba debidamente cumplimentado, sencillamente, porque no estaba cumplimentado en absoluto, lo que supone un incumplimiento de los requisitos formales exigidos en el PCAP y la LCSP para su presentación. Sobre la subsanación de los defectos formales de los documentos exigidos en orden a acreditar los requisitos de aptitud para contratar, los Órganos y Tribunales de recursos contractuales han configurado una doctrina favorable a su subsanación basándose en el principio antiformalista del procedimiento, eso sí, con el límite del respeto al resto de principios que rigen la licitación. Esta doctrina se fundamenta en la del Tribunal Constitucional (por todas STC 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997) a propósito de los requisitos procesales, de los que declara carecen de sustantividad propia, constituyendo medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no pueden convertirse en meros obstáculos formales impositivos de tales fines, resultando obligada una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.



El DEUC constituye una declaración formal. Únicamente se solicita la prueba del cumplimiento en el momento de presentación de las ofertas o de la solicitud de participación de lo declarado a quien resulte adjudicatario del contrato, si bien también cabe la posibilidad de solicitar alguno o todos los documentos en caso de duda a alguno o a todos los licitadores durante el procedimiento de adjudicación, por lo que la presentación de un documento vacío ha de ser considerado un defecto formal. A la vista de ello, la posibilidad de subsanar el error padecido en la incorporación al sobre 1 de un archivo en el que no figuraban grabados los datos pertinentes ni perjudica al resto de licitadores, ni significa conceder un plazo adicional para completar la oferta, dado que, en todo caso, los requisitos de aptitud deben cumplirse en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (artículo 140.4 de la LCSP), por lo que no se infringe el principio de igualdad de trato por el hecho de solicitar la subsanación del error observado, trámite que no supone un plazo adicional para la obtención de dichos requisitos. Téngase en cuenta que el establecimiento de plazos preclusivos para 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 o no esencial que se pueden subsanar sin dificultad (ver, en este sentido la Resolución 86/2017 de este OARC/KEAO).

Supuesto diferente al que nos ocupa es aquel que pretende sustituir su declaración inicial acreditando de un modo distinto lo inicialmente declarado lo, cual no ha sido admitido por este OARC/KEAO (ver, en este sentido la Resolución 54/2018).

En definitiva, teniendo en cuenta que en el presente caso nos encontramos en el trámite correspondiente a la apertura del sobre 1, es decir, cuando no es necesario todavía acreditar el requisito, sino únicamente aportar el DEUC, y que los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos son esencialmente subsanables, la exclusión de la proposición de la recurrente se considera desproporcionada.



Como bien alega el poder adjudicador, la falta de firma del DEUC, exigida expresamente por los pliegos de la licitación (ver el artículo 9 del PCAP) es por sí misma motivo suficiente para fundar la exclusión impugnada, pues afecta al valor del citado documento como declaración responsable frente al Ayuntamiento (ver también los Anexos I y II del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación).

[Resolución 81/2022](#)

Por otro lado, 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 por una posterior en sentido contrario porque introduce una nueva empresa con la que se integraría la solvencia es esencial, ya que afecta a una de las condiciones personales del licitador imprescindibles para acceder al contrato (artículo 65.1 de la LCSP en relación con el 39.2 a) de la misma Ley).

3.4.5. Visita previa a las instalaciones

[Resolución 179/2018](#)

Sin embargo, aun cuando facilitar la visita a las instalaciones antes de la presentación de la oferta parece una opción razonable porque propicia su mejor elaboración y elimina o disminuye las ventajas de anteriores adjudicatarios de la misma prestación (ver la Resolución 6/2016 del OARC / KEAO), la obligatoriedad de la misma y la previsible exclusión de la proposición consecuencia de su incumplimiento (por definición, insubsanable) hacen de ella una medida desproporcionada, cuando existen medidas menos gravosas (mayor calidad y exactitud en la elaboración de las prescripciones técnicas, mayor y mejor determinación de los criterios de adjudicación,



etc.) que permitirían preparar las proposiciones sin tener que realizar visita obligatoria alguna. Consecuentemente, debe concluirse que el requisito de incluir en el sobre A el Certificado acreditativo de que el oferente ha visitado las instalaciones es desproporcionado y va más allá de lo necesario para satisfacer el interés general alegado, por lo que se trata de un obstáculo injustificado a la libre competencia y debe anularse.

3.4.6. Exigencia de presentación de una maqueta a todos los licitadores

[Resolución 181/2018](#)

Por la misma razón, la exigencia de la presentación de una maqueta a todos los licitadores tampoco parece una medida proporcionada, cuando existen medidas menos gravosas (paneles, memoria descriptiva, información gráfica, etc.) que permitirían preparar las proposiciones sin tener que realizar un desembolso económico que puede suponer una barrera a la libre competencia; sin embargo, dicha proporcionalidad podría existir cuando el requisito se solicitase únicamente a las tres propuestas seleccionadas para la segunda fase, las cuales, por haberse clasificado y encontrarse en la fase definitiva para la adjudicación, recibirán un premio en metálico que puede contribuir a afrontar gastos como el debatido.

Consecuentemente, debe concluirse que el requisito de incluir en el sobre B la maqueta descriptiva de la idea propuesta es desproporcionado y va más allá de lo necesario para satisfacer el interés general alegado, por lo que se trata de un obstáculo injustificado a la libre competencia y debe anularse.

3.4.7. Proporcionalidad de los requisitos exigidos

[Resolución 189/2019](#)

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 de la LCSP, cuando el órgano de contratación considere conveniente solicitar la experiencia del licitador como forma



de acreditar su capacidad técnica o profesional y no establezca expresamente un umbral mínimo, éste será el importe anual acumulado que en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. Si bien es cierto, tal y como alega el poder adjudicador, que esta disposición únicamente se aplica en defecto de especificación en los pliegos, que no es el caso objeto de recurso, no es menos cierto que se puede utilizar como un elemento interpretativo de lo que el legislador considera proporcionado. Este umbral quedaría fijado en el contrato que nos ocupa en 78.694 euros para el Lote 1 (cuya anualidad media calculada en relación con el valor estimado del contrato y su posible duración total es de 112.420 euros) y para el Lote 2 de 13.012,65 euros (cuya anualidad media es de 18.589,5 euros)

El otro parámetro interpretativo que nos ofrece el PCAP para determinar al caso concreto la proporcionalidad del nivel de solvencia exigido es el de la categoría de la clasificación exigida: para el Lote 1 la categoría 3 en el grupo L, subgrupo 5 “Organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones”, y para el Lote 2, igualmente la categoría 3 en el Grupo L, Subgrupo 6, “Servicios de portería, control de accesos e información al público”

[Resolución 169/2020](#)

En el apartado “Descripción del equipo técnico”, la cláusula 9 del PCA (que a su vez se remite al apartado “Condiciones particulares” del punto 4 del PPT) solicita a los licitadores una declaración responsable de que el equipo de trabajo que, en su caso, ejecutará el contrato, satisface una serie de requisitos, impugnados por UNIVE. A juicio de este OARC / KEAO, el motivo de recurso referido a esta estipulación debe aceptarse porque la experiencia y los conocimientos requeridos al personal al que se refieren las cláusulas impugnadas infringe los principios de igualdad de trato y no discriminación, libre acceso a las licitaciones y salvaguardia de la libre competencia (artículo 1.1 de la LCSP) en varios aspectos:

- 1) Únicamente se acepta la experiencia obtenida en el ejercicio de la Abogacía, descartando la que los abogados que vayan a ejecutar la prestación hayan podido adquirir sobre el objeto del contrato desempeñando otras funciones



distintas (por ejemplo, juez o magistrado del orden jurisdiccional social, inspector de trabajo u otros funcionarios públicos, etc.); en este sentido, es significativo que la defensa en juicio, quizás la prestación más característica (aunque no la única) de la profesión de Abogado está excluida del objeto del contrato (cláusula 2 del PCA). Por otro lado, el periodo de duración de la experiencia solicitada en el caso del coordinador (veinte años, incluyendo al menos quince en el ámbito laboral) y de uno de los miembros del equipo (quince años, incluyendo diez en el ámbito laboral) se considera desproporcionado; téngase en cuenta que, por ejemplo, la experiencia de la empresa exigible como solvencia se reduce a los trabajos de los últimos tres años (artículo 90.1 a) de la LCSP), que se trata de periodos de experiencia similares o superiores a los que se piden legalmente para acceder a cargos de contenido jurídico altamente cualificados (ver, por ejemplo, los artículos 122.3 y 159.2 de la Constitución), que, de hecho se pone un altísimo límite de edad a los profesionales que ejecuten el contrato impidiendo el acceso de los más jóvenes y que no consta en los pliegos que el objeto del contrato tenga una complejidad diferente de la que tienen los mismos servicios habitualmente prestados en el mercado por operadores con experiencia mucho menor.

- 2) El poder adjudicador exige “conocimiento acreditable” en algunas materias que, aunque están relacionadas con el objeto del contrato, resultan ser un requisito desproporcionado. Así, que el citado conocimiento sea precisamente en entidades del sector público restringe indebidamente el acceso a los operadores económicos que pueden haber adquirido una amplia experiencia asesorando sobre la materia objeto del contrato a empresas privadas (ver, por ejemplo, las Resoluciones 38/2012, 35/2013 y 133/2015 del OARC / KEAO), a cuyas relaciones de empleo se les aplica prácticamente la misma normativa que a las sociedades públicas, y también a quienes hayan asesorado sobre las mismas materias objeto del contrato desde la perspectiva de los empleados (abogados de organizaciones sindicales o de trabajadores de sociedades públicas, por ejemplo); las peculiaridades que pueden afectar a estas últimas (especialidades de la tramitación de la negociación colectiva y límites presupuestarios a la misma, por ejemplo) no son tan relevantes como para justificar el requisito de admisión, teniendo en cuenta además que, en todo



caso, es parte del trabajo de cualquier operador jurídico profesional determinar el régimen jurídico concreto aplicable a los asuntos sometidos a su consideración (distintos convenios colectivos u otras normas laborales específicas, por ejemplo), tarea para la cual hay que entender que dispone de formación suficiente. Por los mismos motivos, tampoco es aceptable el requisito referido al asesoramiento en el “sector movilidad” o al Derecho Público Autonómico o Local.

[Resolución 46/2021](#)

- 1) En el informe del poder adjudicador de contestación al recurso no hay una justificación del requisito de antigüedad en la colegiación, más allá de una mención genérica a la “cuantía económica y trascendencia jurídica y social de los procedimientos que tiene abiertos el Ayuntamiento de Durango”, que podría servir para justificar este requisito o cualquier otro. Por su parte, la Comunidad de bienes justifica la exigencia, entre otras razones, por estar vinculada a la confianza, que sería un factor intrínseco de los contratos de servicios jurídicos. Sin embargo, dicha confianza parece que debería basarse en elementos difícilmente tangibles de la relación entre el profesional y el cliente y no en un baremo puramente cuantitativo como el elegido (años de colegiación), en el que para nada se incluye la opinión subjetiva que de los licitadores tenga el poder adjudicador. Por otro lado, la LCSP ha optado, legítimamente, por dar al procedimiento de adjudicación de los servicios de defensa en juicio o asesoramiento previo al litigio el mismo tratamiento que a los demás contratos de servicios con la excepción de las normas propias de los contratos sujetos a regulación armonizada, a pesar de ser posible su exclusión del ámbito objetivo de la LCSP (ver el artículo 10 d), apartados i) y ii), de la Directiva 2014/24/UE y la sentencia de 6/6/2019, C-264/18, ECLI:EU:C:2019:472, especialmente su apartado 21). Consecuentemente, la citada confianza ya no puede ser entendida como un factor diferencial que permita obviar las normas sobre solvencia de la LCSP (ver, por ejemplo, los apartados 36 a 38 de la citada sentencia en el asunto C-264/18) y justificar el señalamiento de una antigüedad de 10 años de colegiación. Llegados a este punto, este Órgano estima que no hay justificación para exigir un requisito como el analizado en el que los diez años exigidos son desproporcionados en relación con el valor estimado del contrato;



téngase en cuenta que, por tomar una referencia análoga, este plazo es más del triple que el fijado en el artículo 90.1 a) de la LCSP.

- 2) No se ha justificado la proporcionalidad de la condición de que se adscriban al contrato profesionales que acrediten los requisitos de solvencia técnica exigidos en la cláusula III.2 del PPT. Téngase en cuenta que el propio informe del poder adjudicador (el expediente, como ya se ha dicho, no contiene ninguna justificación) basa su defensa de la adecuación del requisito en la exposición de los procedimientos judiciales en tramitación que afectan al poder adjudicador, un total de nueve en materia de empleo público (incluyendo dos “precontenciosos”) y una declaración de lesividad en materia urbanística (se alegan también una consulta popular que puede obligar a la modificación del planeamiento general y la elaboración de un nuevo planeamiento general), llegándose a la conclusión de que el interés económico de todos estos asuntos se eleva 5.415.715,71 euros. Sin embargo, el criterio escogido por el poder adjudicador no es el de la relevancia económica de los procedimientos en los que haya participado el profesional sino el del número de asuntos y, en este sentido, no hay ningún análisis de la adecuación del número exigido a los que, previsible o estimativamente, vayan a ser objeto del contrato (dato que ni el informe ni el expediente mencionan); por el contrario, el número de asuntos “vivos” alegado por el Ayuntamiento (un total de once) está muy lejos de motivar la exigencia analizada (un total de 140), que debe considerarse desproporcionada.

[Resolución 158/2021](#)

Dos son los requisitos de solvencia impugnados: (i) la antigüedad en la colegiación como abogado ejerciente y en experiencia en asesoramiento en materia de contratos públicos del responsable del proyecto y (ii) el nivel de conocimiento de euskera a acreditar por uno cualquiera de ellos. El análisis de estas alegaciones debe partir de la finalidad de los criterios de selección relativos a la solvencia técnica y profesional establecidos para participar en un procedimiento de adjudicación, que es la de asegurar que los licitadores gozan de las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación y de los requisitos que han de



satisfacer dichos criterios de solvencia, como son los de su vinculación al objeto del contrato y ser proporcional al mismo (artículo 74.2 de la LCSP).

a.1) Sobre el requisito de la antigüedad en la colegiación y de los años de experiencia del responsable del proyecto

Este Órgano considera que esta alegación debe ser estimada por ser un requisito desproporcionado a su objeto. Debe tenerse en cuenta que la documentación contractual estima que el adjudicatario intervendrá en la redacción y asesoramiento de aproximadamente 8 contratos al año (número de contratos que no es muy elevado) siendo todos ellos servicios (limpieza, seguros, mantenimiento de jardines ...) de los que los distintos poderes adjudicadores se aprovisionan habitualmente a través de contratos públicos cuya redacción no reviste una especial complejidad técnica o jurídica que requiera de un conocimiento altamente especializado. A este respecto se ha de tener en cuenta que la experiencia de la empresa exigible como solvencia se reduce a los trabajos de los últimos tres años (artículo 90.1 a) de la LCSP), que quince años es un periodo de experiencia similar o superior al que se pide legalmente para acceder a cargos de contenido jurídico altamente cualificados (ver, por ejemplo, los artículos 122.3 y 159.2 de la Constitución) y que, de hecho se pone un altísimo límite de edad a los profesionales que ejecuten el contrato impidiendo el acceso de los más jóvenes y que no consta en los pliegos que el objeto del contrato tenga una complejidad diferente de la que tienen los mismos servicios habitualmente prestados en el mercado por operadores con experiencia mucho menor (ver, en este sentido, la Resolución 169/2020 de este OARC / KEAO).

a.2) Sobre el requisito del dominio de euskera en el nivel C-1

Se impugna la exigencia de que uno de los dos profesionales que desempeñan el servicio posea el dominio del euskera en el nivel C-1. Con carácter preliminar debe efectuarse la precisión de que la cláusula impugnada no exige de forma expresa el nivel de capacitación lingüística C-1 sino estar en posesión del título EGA, perfil lingüístico 3 o titulación equivalente o superior. No obstante, teniendo en cuenta que, conforme a lo señalado en el artículo 3.3 del Decreto 297/2010, de 9 de noviembre,



de convalidación de títulos y certificados acreditativos de conocimientos de euskera, y equiparación con los niveles del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas”, el certificado Euskararen Gaitasun Agiria (EGA) y el perfil lingüístico 3 se equiparan con el nivel C-1 del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas y quedan convalidados entre sí, este Órgano considera que las alegaciones que se efectúan en el recurso al nivel C-1 se deben entender realizadas a los títulos y certificados solicitados en el PCAP. Todas estas alegaciones deben ser desestimadas, pues nos hallamos ante un requisito de solvencia no discriminatorio, vinculado al objeto del contrato y proporcionado al mismo por las siguientes razones:

- 1) Los servicios demandados en la documentación contractual para los que se requiere el conocimiento del euskera consisten en (i) la relación con el personal del Ayuntamiento de forma individual y en reuniones de trabajo en las que se emplee habitualmente el euskara, (ii) la evacuación de consultas de terceros, orales o escritas, que se formulen en euskara, y (iii) la realización de documentos, informes o trámites en euskara en aquellos procedimientos en los que, a instancia de un interesado, se utilice esta lengua. A la vista de estas estipulaciones cabe concluir que la exigencia del conocimiento de euskera requerida en los pliegos guarda vinculación con el objeto del contrato porque es necesaria para ejecutar parte de las prestaciones demandadas, con lo que la prescripción satisface el requisito de la vinculación exigida en el artículo 74.2 de la LCSP.
- 2) El recurrente considera que la exigencia del conocimiento de euskera es un requisito de solvencia técnica ilegal porque es contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre competencia. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que



sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta es, en principio, no discriminatoria, ya que se exige para todos los licitadores y todos ellos pueden satisfacerla, incluso mediante la integración de su solvencia con medios externos (artículo 75 LCSP). También se observa que su justificación responde a un interés general, como es la correcta prestación del objeto del contrato que está ligado al cumplimiento y realización de los fines institucionales del Ayuntamiento (artículo 28 de la LCSP). De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito de solvencia se requiera únicamente a una persona de las dos que se requieren para la prestación del servicio. Finalmente, que el requisito se configure como parte de la solvencia técnica y no en otra fase del procedimiento de adjudicación o de la ejecución del contrato es también adecuado y proporcionado; por una parte, su inserción como criterio de adjudicación no garantiza plenamente el objetivo buscado (puede resultar seleccionada una oferta que no lo satisface), y por otro lado, no parece que su inclusión como requisito de admisión exigible a los licitadores y no como condición de ejecución para el contratista sea una dificultad desmedida para presentar una proposición, habida cuenta que cabe la integración de la solvencia con medios externos (artículo 75.1 de la LCSP).

- 3) El nivel de euskera solicitado, que es el equivalente el C-1, es el que acredita que el usuario “Es capaz de comprender una amplia variedad de textos extensos y con cierto nivel de exigencia, así como reconocer en ellos sentidos implícitos. Sabe expresarse de forma fluida y espontánea sin muestras muy evidentes de esfuerzo para encontrar la expresión adecuada. Puede hacer un uso flexible y efectivo del idioma para fines sociales, académicos y profesionales. Puede producir textos claros, bien estructurados y detallados sobre temas de cierta complejidad, mostrando un uso correcto de los mecanismos de organización, articulación y cohesión del texto” (Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas: aprendizaje, enseñanza, evaluación). A la vista de que el contrato demanda servicios cualificados y especializados propios de una profesión titulada y de que las estipulaciones del contrato relacionadas en el apartado 1) exigen la prestación de parte del servicio en



euskera, cabe concluir que es proporcionado pedir un nivel de dominio del idioma equivalente al nivel C-1 al objeto de garantizar la correcta ejecución del contrato. Además, no se requiere la titulación equiparable al máximo grado de competencia lingüística contemplada en la normativa, que es el C-2.

- 4) Por último, cabe señalar que, en contra de lo afirmado por el recurrente, los pliegos no imponen el uso del euskera, sino una medida para garantizar su uso en las reuniones de trabajo en las que el poder adjudicador utilice normalmente el euskera (ver en este sentido, la Resolución 179/2018 del OARC / KEAO) y en aquellas comunicaciones que el adjudicatario deba entablar con los administrados que, en ejercicio del derecho que les asiste, demanden el uso del euskera (artículo 5.2.a) de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera).

[Resolución 44/2022](#)

Se impugna la exigencia de que la solvencia técnica solo pueda acreditarse mediante la adquirida en la limpieza en el sector del transporte de viajeros a través de ferrocarril, tranvía, metro, funicular y autobús. Esta alegación debe ser estimada, pues, a juicio de este Órgano, nos hallamos ante un requisito de solvencia técnica que constituye una barrera o dificultad para el acceso a la licitación desproporcionada (artículo 74.2 de la LCSP) para las empresas que no poseen dicha experiencia en ese concreto sector de actividad, por las siguientes razones:

- 1) En el expediente no consta justificación adecuada (artículo 116.4 de la LCSP) del criterio de solvencia técnica impugnado, que habiéndose establecido con parámetros restrictivos hubiera requerido, al menos, de una mínima prueba de su idoneidad. Es más, el propio poder adjudicador deja fuera del objeto del presente contrato la limpieza de los elementos “especiales” (la limpieza de los elementos situados bajo la plataforma: bogies, cofres, etc. y los elementos del interior de los trenes no accesibles como los armarios de electrónica), los cuales sí podrían requerir de una experiencia y conocimiento específico y adicional al del servicio de limpieza



general. Por otro lado, consta en el anuncio publicado en el DOUE el CPV 90910000-9 relativo a los servicios de limpieza en general sin especificidad alguna, lo cual constituye un indicio de cuál es el objeto principal del contrato.

- 2) El propio poder adjudicador considera implícitamente que el 39% del objeto del contrato (limpieza de instalaciones) no requiere para su correcta ejecución de la acreditación de la solvencia específica exigida e impugnada, la cual se solicita, fundamentalmente, para la limpieza del material móvil ferroviario, de carretera y funicular por su propia especificidad, según se indica en el informe de contestación al recurso. Pues bien, analizadas las acciones que han de llevarse a cabo en cada uno de los tipos de limpieza recogidas en el Anexo 2 “Plan de Limpieza. Material móvil ferrocarril y tranvía” se observa que dichas acciones no constituyen especialidad alguna respecto de la limpieza que se pueda realizar en otros lugares estáticos (oficinas o instalaciones). Es decir, no parece que la experiencia previa exigida en este propio sector del transporte sea necesaria para el adecuado cumplimiento del objeto del contrato, ni así ha sido acreditado por el órgano de contratación en su expediente, por lo que debe considerarse que se trata de una exigencia exorbitante que limitaría de manera prácticamente insalvable las posibilidades de otras muchas mercantiles (véase, por ejemplo, las empresas con experiencia en la limpieza de aeronaves) que podrían prestar perfectamente esas labores de limpieza pero que se verían injustamente apartadas por ese requisito tan desproporcionado.
- 3) Finalmente, este Órgano ya ha considerado desproporcionada (ver, por ejemplo, la Resolución 119/2016) la exigencia de experiencia previa si se refiere a actividades excesivamente específicas o prácticamente idénticas al objeto del contrato, excluyendo la experiencia obtenida en actuaciones análogas o similares, que es también apta para acreditar la capacidad del licitador. Además, existen otros medios menos lesivos para poder conjugar los principios de salvaguarda de la competencia y libre acceso con la garantía de la correcta ejecución del contrato, como es una adecuada fijación de los criterios de adjudicación y las prescripciones técnicas del contrato adaptadas a



su objeto, incluyendo, en su caso, los niveles de calidad que debe alcanzar el contratista.

[Resolución 191/2022](#)

Por lo que se refiere a la proporcionalidad, es verdad que el ámbito en el que se puede acreditar la solvencia (“elementos portátiles destinados a la prestación de servicios abiertos al público”) es más amplio que el objeto del contrato, que se refiere únicamente a un tipo específico de elemento portátil. Sin embargo, ello no supone que la solvencia exigida sea, como reclama ALEGRÍA ACTIVITY, desproporcionada por insuficiente. Por el contrario, este Órgano estima que se garantiza la capacidad en la construcción de bienes como el que se pretende adquirir o en otros técnicamente similares, abriendo también la licitación a operadores sin experiencia previa en contratos cuyo objeto sea igual al del ahora recurrido; debe tenerse en cuenta que, precisamente, puede llegar a considerarse desproporcionada, por excesiva, una exigencia de solvencia demasiado concreta por referirse a prestaciones idénticas a la que es objeto del contrato (Ver las Resoluciones 133/2014 y 119/2016 del OARC / KEAO).

[Resolución 147/2023](#)

(...) este Órgano estima, por las razones que se exponen a continuación, que el criterio de solvencia recurrido es desproporcionado:

- Si bien el contrato impone al adjudicatario obligaciones contractuales relacionadas con la Orden TMA 178/2022 se trata, en su inmensa mayoría, de actuaciones propias de los facultativos que proyectan o dirigen cualquier obra en la que es especialmente relevante la rehabilitación energética y que, en cualquier caso, se relacionan con sus funciones profesionales típicas; ese es el caso, por ejemplo, del control de la eficiencia energética de la ejecución de la obra o de la elaboración de la certificación energética. No parece que ninguna de estas actuaciones requiera de experiencia en la “participación en la consecución de subvenciones y ayudas públicas para la rehabilitación energética”. Téngase en cuenta que, en definitiva, lo relevante para gestionar



y justificar la ayuda es la correcta ejecución de la rehabilitación energética, para lo que no es importante la experiencia en la “consecución de subvenciones” (de hecho, según consta en el expediente la subvención está concedida), sino la experiencia en servicios similares al contratado, fueran o no subvencionadas las obras correspondientes, requisito de solvencia que, por cierto, ya se solicita en los pliegos de este contrato.

- Tampoco se puede considerar que las obligaciones formales de acreditación de la actividad subvencionada que recaen sobre el adjudicatario (como, por ejemplo, la memoria final de objetivos, el listado de contratistas o subcontratistas o la declaración sobre el principio DNSH) requieran de destrezas técnicas distintas de las que con carácter general se adquieren con la experiencia en la proyección y dirección de obras de rehabilitación energética; mucho menos se puede decir que para cumplir con dichas obligaciones sea precisa la experiencia en “consecución de subvenciones”.
- Por todo ello, el criterio impugnado excede del mínimo exigible para garantizar que el adjudicatario dispone de la solvencia técnica correspondiente a la prestación y debe considerarse desproporcionado porque impide el acceso al procedimiento de adjudicación del contrato a operadores económicos capacitados para ejecutarlo.

3.4.8. Concepto de “destinatario” de los trabajos anteriores

[Resolución 174/2019](#)

En síntesis, de acuerdo con los pliegos y el artículo 90.1 a) de la LCSP, los trabajos que prueban la solvencia técnica deben acreditarse, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. Debe rechazarse la alegación del recurrente, que identifica el “destinatario” con la entidad a la que



aprovechó o que finalmente hizo suyo el producto o resultado de los trabajos (por ejemplo, por ingresar en su patrimonio los edificios construidos a los que se refieren); téngase en cuenta que se trata de acreditar la satisfactoria realización de un servicio y, si dicha entidad no encargó el servicio al miembro del equipo de trabajo al que se refiere el certificado debatido, no tuvo una relación directa con él, por lo que, consecuentemente, no puede certificar sobre ella. En cambio, el “arquitecto principal” sí puede emitir dicha certificación porque fue parte en la citada relación directa.

3.4.9. No hay preferencia legal por algún medio de acreditación

[Resolución 54/2020](#)

El recurrente impugna la cláusula específica 21.2 del PCAP en lo que se refiere a la solvencia económica y financiera, la cual establece lo siguiente:

Volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiere el contrato (redacción de proyectos y dirección facultativa) de la persona licitadora por importe igual o superior a 50.000 € (IVA excluido). Dicho importe deberá alcanzarse en el año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos.

Concretamente, la petición es que la cláusula se sustituya por la acreditación de la solvencia mediante un justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales, o al menos por la posibilidad de acreditación alternativa por cualquiera de ambos medios.

La fijación de los requisitos mínimos de solvencia económica y de los medios que deben aportarse para acreditarla es competencia del poder adjudicador, la cual debe ejercerse con los límites propios de cualquier facultad discrecional. En primer lugar, debe respetarse su fondo parcialmente reglado, conformado en este caso especialmente por el mandato de vinculación al objeto y proporcionalidad al mismo (artículo 74.2 de la LCSP) y por lo establecido en los artículos 86 y 87 de la LCSP. Además, deben respetarse los principios generales de la contratación pública, especialmente el de igualdad de trato y no discriminación, de modo que la solvencia o los medios para acreditarla no se fijen de modo que se perjudique o beneficie sin



razón proporcionada y adecuada a un operador económico o tipo de ellos. La alegación del COAVN no cuestiona que se haya traspasado ninguno de estos límites, y fundamenta su solicitud en que, de la lectura de las letras a) y b) del artículo 87.1 y del artículo 87.3 b) se concluye que "...queda de manifiesto el interés del legislador en dar un trato particular a los contratos cuyo objeto de licitación consista en servicios profesionales". Sin embargo, de los citados preceptos no se deduce ninguna preferencia legal del sistema propuesto por el recurrente frente a otros; por el contrario, el artículo 87.1 establece que la elección de uno o varios de los medios de acreditación a los que se refiere corresponde al órgano de contratación, y el artículo 87.3 regula el caso de los contratos no sujetos a clasificación cuando los pliegos no recogen los requisitos mínimos para la acreditación de la solvencia, supuesto distinto del que ahora se analiza. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse

3.4.10. Relevancia del momento del depósito de las cuentas anuales

[Resolución 70/2020](#)

La recurrente alega que la adjudicataria no ha acreditado la solvencia económica y financiera a la fecha de cierre de la presentación de las ofertas debido a que no ha depositado las cuentas anuales de ningún ejercicio desde su constitución en el año 2011.

En el expediente remitido por el poder adjudicador consta que el licitador propuesto como adjudicatario del contrato ha aportado las cuentas anuales aprobadas correspondientes al ejercicio 2017 (depositadas en el Registro mercantil el 20 de febrero de 2020) y una declaración responsable del volumen de negocio correspondiente a los ejercicios 2016 y 2018. Se ha de tener en cuenta que la solvencia económica y financiera solicitada en el punto 10 de la carátula del PCAP se refiere al mejor ejercicio de los tres últimos disponibles, por lo que el medio probatorio aportado (especificado en la cláusula 17 del PCAP) será el del ejercicio (de los tres últimos disponibles) que el licitador considere conveniente. En el contrato que nos ocupa, el licitador presenta las cuentas anuales aprobadas del ejercicio 2017, de las que no se discute si el volumen de negocios que comprenden es superior al exigido



y, si bien es cierto, que han sido depositadas con posterioridad al plazo de presentación de ofertas, dicha circunstancia se trata de un defecto formal que, por dicha razón, es susceptible de ser subsanado. En particular, la subsanación de dicha formalidad no implica la compleción de ninguna carencia del requisito de solvencia, ni que el licitador haya dispuesto de un plazo adicional para completar su oferta, ni que se haya infringido el principio de igualdad dado que, en todo caso, el requisito de aptitud se cumple en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (artículo 140.4 de la LCSP).

3.4.11. No cabe acreditar la solvencia de un operador económico con servicios prestados por cuenta ajena

[Resolución 126/2020](#)

No cabe que una persona física que se presenta a una licitación en su condición de empresario autónomo acredite su solvencia técnica con trabajos prestados en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena. La experiencia previa que debe considerarse válida para acreditar la solvencia técnica es la prestada en la condición de operador económico que ofrece servicios en el mercado, posición cualitativamente distinta de la del trabajador por cuenta ajena en cuestiones fundamentales a estos efectos como la planificación, la dirección y organización de medios técnicos y humanos o la responsabilidad de lo ejecutado, lo que hace imposible que la realización del servicio (y, consecuentemente, la fiabilidad técnica que de ella se deriva y que acredita la solvencia) pueda imputarse a un empleado concreto.

3.4.12. Solvencia de las empresas de nueva creación

[Resolución 126/2020](#)

- 1) Tampoco puede considerarse, por los motivos que se exponen a continuación, que la solvencia técnica del adjudicatario queda acreditada, con amparo en el artículo 90.4 de la LCSP, por la certificación profesional:



- 3.1) La LCSP en su artículo 90.2 exige que en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especifiquen los medios, de entre los recogidos en dicho artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. A este respecto, tanto los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario como la documentación requerida para acreditar los mismos deben ser determinados por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la LCSP, sin perjuicio de que, en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, se puedan también admitir otros medios de prueba distintos (artículos 74 y 86.1 de la LCSP)
- 3.2) En la determinación de los medios de acreditación de la solvencia a los que se refiere el apartado 3.1) anterior, el poder adjudicador no ha incluido un medio de acreditación de la solvencia técnica alternativo a la relación de servicios prestados, como pide el artículo 90.4 de la LCSP. Consecuentemente, y dado que los pliegos del contrato rigen el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando al poder adjudicador y a los licitadores, no cabe aceptar un medio de acreditación diferente del fijado en ellos, como el certificado de profesionalidad presentado por el adjudicatario.
- 3.3) No cabe aceptar que, a falta de mención del artículo 90.4 de la LCSP en los pliegos, que las empresas de nueva creación puedan, sin embargo, acreditar su solvencia técnica o profesional por cualquiera de los medios establecidos en las letras b) a i) del artículo 90.1 de la LCSP que elijan; dicha elección de un medio alternativo corresponde al órgano de contratación que, como ya se ha dicho, debió establecerla en el anuncio de



licitación y los pliegos. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el citado artículo 90.4 supone una “discriminación positiva” para estos operadores económicos que les exime de presentar cierta documentación acreditativa, pero no de satisfacer un umbral mínimo de capacidad técnica equivalente al mercado en los pliegos con carácter general y acreditable por la relación de servicios prestados, y que también debió señalar el poder adjudicador en las bases de la licitación. A juicio de este Órgano, entender lo contrario sería tanto como dejar en manos del licitador no solo la forma de acreditar la solvencia, sino también la determinación de los requisitos mínimos, lo que es contrario a los principios generales del artículo 1.1 de la LCSP (en particular, al de igualdad de trato) y supondría extender indebidamente el alcance del régimen excepcional establecido en el artículo 90.4 de la LCSP.

3.4.13. Solvencia económica y financiera acreditada por medio alternativo al solicitado en los pliegos

[Resolución 137/2020](#)

En lo que se refiere a la acreditación de la solvencia económica y financiera, el adjudicatario ha presentado un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales, que es un medio de prueba distinto al que han solicitado los pliegos que rigen la licitación. Sin embargo, el recurrente se acoge al último párrafo del artículo 86.1 de la LCSP, que establece que “Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.” De la Resolución 96/2014 del OARC / KEAO (con cita del Acuerdo 18/2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón) se deduce que este precepto atribuye al operador económico la facultad de ofrecer al poder adjudicador medios alternativos de acreditación, cuando no pueda hacerlo con los previstos, correspondiendo al órgano de contratación valorar si es justificada la causa por la que no se aportan los previstos y, en su caso, si son apropiados los ofrecidos y aportados por el licitador. A



continuación, se expone el criterio de este Órgano sobre la concurrencia de ambos requisitos:

- 1) El recurrente aporta una declaración responsable en la que afirma ser una empresa de nueva creación, dado que su constitución data del 30 de mayo de 2019. La referencia solicitada por el Ayuntamiento es el “Volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas...”, por lo que debe considerarse que existe la “razón válida” a la que se refiere el artículo 86.1 de la LCSP (ver, en el mismo sentido, el artículo 87.1 a) de la LCSP, así como la letra c) de la Parte I del Anexo XII de la Directiva 2014/24/UE, especialmente el inciso “...en la medida en que se disponga de esa información”).
- 2) El medio alternativo aportado por el recurrente es un contrato de seguro. Aunque, en términos generales, esta forma de acreditación alternativa a la basada en el volumen de negocio puede ser aceptable (de hecho, el artículo 11.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contempla dicha alternativa para los casos en los que los pliegos no concretan los criterios y requisitos de solvencia económica), el documento aportado no puede considerarse “apropiado” porque no consta en él que ofrezca cobertura alguna a KOLABORAZIO ZERGADUNA, S.L., sino tan solo a una las empresas de su mismo grupo, por lo que no prueba solvencia alguna que el recurrente pueda exhibir.

[Resolución 1/2022](#)

- 1) La falta de depósito de las cuentas en el Registro Mercantil implica que la solvencia no se ha acreditado en los términos requeridos por los pliegos, lo que determina la exclusión del de la oferta de OITEC. Si bien el órgano de contratación puede elegir discrecionalmente los medios de prueba que estime adecuados (artículo 86.1 de la LCSP), ello no supone que luego pueda desvincularse de dicha elección para



aceptar otros distintos, aunque sean de los legalmente admisibles. La alegación de que el citado artículo 86.1 permite autorizar al licitador que no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas a acreditar su solvencia económica y financiera mediante otro documento que el poder adjudicador considere apropiado no es aceptable porque esta posibilidad está sujeta a que exista una “razón válida” que impida presentar la documentación requerida, lo que no sucede en este caso.

- 2) El motivo expuesto por OITEC es que “por razones de índole de extorsión y terrorismo” se decidió por los órganos de gobierno de las sociedades del grupo al que pertenece el adjudicatario impugnado que no se depositarían en el Registro Mercantil las Cuentas Anuales. A juicio de este Órgano, este argumento, cuyo escuetísimo contenido es insuficiente para justificar y probar una alegación tan grave, no puede considerarse una “razón válida”. Si la empresa no está en condiciones de presentar las cuentas depositadas no es porque le afecte algún impedimento fáctico o jurídico para ello, sino porque voluntariamente ha decidido no depositarlas. Por otro lado, la única prueba que se adjunta a la genérica explicación es una referencia de prensa de marzo de 1983 referida a un atentado terrorista en las oficinas de la empresa; es público y notorio que la noticia se refiere a daños sufridos igualmente por muchas otras empresas vascas en aquella época, igual que es público y notorio que, casi 39 años después, la situación actual no es comparable. Finalmente, debe señalarse que no se especifica la relación entre el depósito de las cuentas y el perjuicio invocado.

[Resolución 139/2022](#)

(...) se debe tener en cuenta que la lista de medios de prueba para acreditar la solvencia económica y financiera no es exhaustiva (ver, en este sentido la STJUE de 7 de septiembre de 2021, asunto C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700, apartado 78) y que el artículo 86.1, párrafo tercero de la LCSP dispone que, cuando por una razón válida el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y



financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado (...)

3.4.14. Compromiso de adscripción de medios

[Resolución 161/2020](#)

Según el artículo 76.2 de la LCSP, sobre la concreción de las condiciones de solvencia, el órgano de contratación podrá exigir a los licitadores que se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. En lo que al presente recurso se refiere, la cuestión debatida es la relativa a la expresión cuantos medios mecánicos y materiales sean necesarios para la concreta ejecución de los servicios, pues la recurrente entiende que la adjudicataria no se ha comprometido a dedicar todos y cada uno de los medios materiales necesarios. Esta alegación no puede aceptarse porque (i) este documento, que ha de incluirse en el sobre A (Documentación administrativa), no es más que una mera declaración de compromiso del licitador a los efectos de concretar su solvencia (no es por lo tanto parte de la oferta técnica), y solo se verificará en caso de ser propuesto adjudicatario como establece el artículo 150.2 de la LCSP, tal y como consta en el expediente que se ha hecho, por lo que su omisión es, en su caso, un defecto subsanable, no siendo imputable al licitador que dicha subsanación no le fuera solicitada en su momento (ver, por ejemplo, la Resolución 24/2020 del OARC / KEAO) (...)

[Resolución 106/2021](#)

El artículo 150.2 de la LCSP recoge un trámite por el cual el licitador que haya presentado la mejor oferta debe presentar, entre otra, la documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2 de la misma Ley. Por su parte, este último precepto establece que los órganos de contratación podrán incluir en los pliegos la exigencia a los licitadores de que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los



medios personales o materiales suficientes para ello; dichos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211 de la LCSP, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 de la LCSP si se incumplen por el adjudicatario. Interesa señalar que el citado artículo 76 se titula “Concreción de las condiciones de solvencia” y se inserta dentro de una subsección denominada “Solvencia”. De todo ello se deduce lo siguiente:

- 1) El compromiso recogido en el artículo 76.2 de la LCSP es un modo de acreditación de la solvencia, adicional al correspondiente certificado de clasificación o a los medios previstos en los artículos 88 y siguientes de la LCSP. Por lo tanto, no es un modo de probar el cumplimiento de las prescripciones técnicas ni tampoco se trata de documentación que deba aportarse para aplicar los criterios de adjudicación que identificarán la oferta económicamente más ventajosa (ver, por ejemplo, las Resoluciones 71 y 84/2021 del OARC / KEAO).
- 2) El citado compromiso de adscripción es, como su propio nombre sugiere, un compromiso del licitador que pasa a formar parte del clausulado obligacional del contrato con él formalizado si resulta ser el adjudicatario. Cuando lo exijan los pliegos, el compromiso del artículo 76.2 de la LCSP se inserta en el procedimiento de adjudicación en dos fases diferenciadas, que imponen los siguientes requisitos:
 - (i) las proposiciones de los licitadores deben incluir el compromiso de adscripción; y
 - (ii) el licitador que haya presentado la mejor oferta debe acreditar la disposición efectiva de los medios a los que se refiere el compromiso.

La falta de cumplimentación de estos requisitos conlleva la exclusión de la proposición o la consideración de que el licitador que ha presentado la mejor oferta la ha retirado, respectivamente.



- 3) El incumplimiento de este compromiso por el contratista es un incumplimiento contractual que puede tener consecuencias como la resolución del negocio jurídico o la imposición de penalidades; como tal, su existencia solo puede constatarse a propósito de la ejecución del contrato.

[Resolución 145/2024](#)

El recurrente afirma que el alcance del compromiso de adscripción de medios es desproporcionado porque (i) se emplea esta figura como una forma de acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas del contrato, (ii) se requiere la licencia de piloto privado ("PPL"), la cual es exigible únicamente para operaciones no comerciales, que no son el objeto del contrato y (iii) la exigencia del compromiso no se justifica en el expediente. Sobre esta causa de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) A juicio de este Órgano, debe aceptarse el argumento de la utilización improcedente del compromiso de adscripción de medios (artículo 76.2 LCSP). En síntesis, esta figura permite (y, en algunos casos, obliga) a los poderes adjudicadores a requerir que los licitadores, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a adscribir o dedicar a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para dicha ejecución; el compromiso solo se verificará en caso de ser propuesto adjudicatario en los términos establecidos en el artículo 150.2 de la LCSP. Sobre este compromiso, este Órgano ha señalado (ver su Resolución 106/2021) que se trata de un modo de acreditación de la solvencia, adicional al correspondiente certificado de clasificación o a los medios previstos en los artículos 88 y siguientes de la LCSP. Por lo tanto, no es un modo de probar el cumplimiento o establecer las prescripciones técnicas, ni tampoco se trata de documentación que deba aportarse para aplicar los criterios de adjudicación que identificarán la oferta económicamente más ventajosa (ver, por ejemplo, las Resoluciones 84 y 106/2021 del OARC / KEAO).



- 2) Según la cláusula específica 21.6 del PCAP, titulada “Adscripción obligatoria de medios”, la cumplimentación de este trámite tiene como objeto “...comprobar la adecuación al PPT de los medios materiales y personales propuestos para ejecutar el contrato”. Por su parte, el Anexo II.2 del PCAP, al que se remite la citada cláusula 21.6, recoge el modelo que deben cumplimentar los licitadores. Este modelo incluye (i) el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios que figuran en el cuadro “Compromiso de adscripción de medios” y (ii) el compromiso de aportar, en el plazo establecido en el artículo 150.2 LCSP, la documentación indicada en la cláusula específica 25.2 del PCAP para acreditar que dispone de los medios identificados en dicho cuadro. La cláusula 25.2 se remite a su vez a “...los documentos referidos en el cuadro del Anexo II.2”. El Anexo no incluye ninguna petición de documentos concretos; tan solo requiere al licitador “anotar” información relativa al helicóptero, su equipamiento y sus aspectos organizativos y a la experiencia, titulación y capacitación de los pilotos. Los datos que deben cumplimentarse (a veces en forma de preguntas que debe contestar el licitador) se encabezan como “Requisitos mínimos exigidos”. Sin embargo, como ya se ha dicho, el Anexo no establece propiamente ningún requisito mínimo y se limita a solicitar información sin señalar baremos con los que contrastar su suficiencia. Es revelador que, ante el reproche de la recurrente de que la exigencia de la licencia “PPL” es inadecuada, el informe del poder adjudicador responda que no hay tal exigencia, que los pliegos no establecen este requisito, que no disponer de la licencia no implica la exclusión de la oferta y que se trata de un “mero dato informativo” cuyo conocimiento interesa al poder adjudicador, interpretación que no se deduce del contenido de los pliegos. Asimismo, el informe reconoce que “en realidad, no se exigen medios distintos y adicionales a los ya establecidos en el PPT” y que se trata de “...mencionar unos mínimos datos, pero suficientes para garantizar al Departamento de Seguridad su adecuación al PPT”.
- 3) A la vista de lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, este Órgano entiende que los pliegos desvirtúan el alcance de los artículos 76.2 y 150.2 de la LCSP al utilizar el compromiso de adscripción y su justificación como un trámite de verificación del cumplimiento de las prescripciones e incluso para la obtención de datos innecesarios para dicha verificación sin que sea posible,



además, distinguir cuándo la omisión de información es determinante o no de la exclusión de la oferta. Esta última circunstancia es, además, contraria al principio de transparencia, que implica que las causas de exclusión puedan deducirse claramente del contenido de los pliegos (ver, por todas, la Resolución 119/2019 del OARC / KEAO).

3.4.15. Diferencia con las condiciones de ejecución

[Resolución 7/2021](#)

Del propio epígrafe de la cláusula sí como de su ubicación sistemática en el PPT se desprende claramente que no nos hallamos ante un requisito de solvencia técnica o profesional exigido a las empresas licitadoras, que parece que es lo que denuncia el recurrente, sino ante una condición de ejecución exigible a la adjudicataria del contrato y que, por consiguiente, su cumplimiento o no se verifica en la fase de ejecución del contrato (ver, en este sentido, la resolución 21/2019 de este OARC / KEAO).

3.4.16. Integración de la solvencia

[Resolución 129/2021](#)

La recurrente considera que EKOGRAS no ha acreditado disponer de los medios propiedad de KERABI a los que ha acudido para integrar la solvencia requerida en la cláusula 17.5.2 del PCAP. La controversia entre las partes se centra en los medios de prueba que ha de presentar EKOGRAS para demostrar tal disponibilidad. A juicio de este Órgano, en el expediente de contratación queda demostrada la exigencia requerida por el artículo 75.2 de la LCSP y la alegación de la recurrente debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) Tanto la LCSP (artículo 75) como el PCAP (cláusula 16 b)) permiten acudir a las capacidades de otras entidades para cumplir las exigencias del poder



adjudicador en lo referente a la solvencia y medios exigidos. En cuanto a los medios probatorios que ha de aportar el licitador para acreditar la disponibilidad de los medios de terceros para la ejecución del contrato, debe tenerse en cuenta que el artículo 63 “Recurso a las capacidades de otras empresas” de la Directiva 2014/24/UE dispone que Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. Este artículo cita el compromiso escrito como un mero ejemplo de acreditación de la efectiva disponibilidad de los medios de un tercero para la ejecución del contrato, pero no como el único medio de prueba.

- 2) Ciñéndonos a la oferta de EKOGRAS, constan en el sobre A de documentación administrativa los DEUC de EKOGRAS y KERABI, señalándose en el primero que KERABI actuará como subcontratada encargándose del tratamiento del residuo, administración y colaboración en las tareas de recogida de los residuos, siendo de resaltar que quien suscribe ambos DEUC es el administrador único de ambas empresas. Por otra parte, consta en el expediente que KERABI GESTIÓN AMBIENTAL, S.L. es la titular de la totalidad de las acciones de EKOGRAS y que ésta última forma parte del grupo de sociedades en la que la empresa dominante es KERABI. De todo ello se desprende que nos hallamos ante dos empresas con una relación vertical o de subordinación o, en otras palabras, empresas vinculadas por una relación de control directo (ver el artículo 42.2 del Código de Comercio), cuya característica es una presunción de actuación con un criterio de decisión único o de unidad de decisión. Tanto es así, como que la oferta técnica en la que se distribuyen las diversas funciones para la prestación del servicio entre ambas mercantiles viene firmada por el administrador único.
- 3) En un contexto como el descrito en número 2) anterior resulta razonable que el órgano de contratación considere acreditada la plena disponibilidad de los medios de KERABI por parte de EKOGRAS, por lo que ha considerado adecuadamente que no procedía solicitar una declaración que iba a reiterar lo ya suficientemente justificado, habida cuenta de que los vínculos existentes



entre ambas empresas permiten afirmar que no nos hallamos ante la ejecución del contrato a través de un medio ajeno o externo al adjudicatario.

- 4) A partir de aquí, debe concluirse que no existe vicio de legalidad alguno en el proceder del poder adjudicador. En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que el poder adjudicador es quien debe requerir la documentación cuya falta la recurrente achaca (artículo 150.2 de la LCSP) y en el supuesto que nos ocupa no se la solicitó al adjudicatario, por lo que la falta de acreditación recurrida hubiera dado lugar en el peor de los casos a su subsanación, pero no a la exclusión de la oferta, que es lo pretendido por el recurrente.

[Resolución 123/2024](#)

Una vez descartada la eficacia en la presente licitación de la sucesión de LUKABARRO GREEN en los derechos y obligaciones de LAKUBARRO invocada por la recurrente, la documentación presentada por LAKUBARRO GREEN es insuficiente para acreditar la solvencia técnica exigida en los pliegos por las razones que se exponen a continuación:

- 1) Como bien indica el poder adjudicador la licitadora tenía la opción de basarse en la capacidad de otras entidades (en este caso, LAKUBARRO) para acreditar su solvencia; sin embargo, en el DEUC manifestó que no iba a integrar esa solvencia recurriendo a medios externos, por lo que no cabe en la fase del trámite del artículo 150.2 LCSP acudir a estos o modificar lo dispuesto en el DEUC (ver, por ejemplo, la Resolución 133/2018 de este Órgano).

Tampoco cabe acudir a las posibilidades que la LCSP brinda a la hora de acreditar la solvencia técnica y/o económica a las empresas de nueva creación, pues los pliegos nada establecen al respecto (ver en este sentido la doctrina de este Órgano que se recoge en la Resolución 126/2020).

3.4.17. Seguro de responsabilidad civil



[Resolución 92/2022](#)

A juicio de este OARC / KEAO no se aprecia la contradicción alegada dado que ambas cláusulas se refieren a momentos diferentes del procedimiento de adjudicación y tienden a verificar o asegurar finalidades distintas. Así, mientras que el seguro de responsabilidad civil con una cobertura de 300.000 euros tiene por finalidad verificar la solvencia económica y financiera del licitador (artículo 87.1.b) de la LCSP), la exigida al contratista tiene por finalidad asegurar la correcta ejecución del contrato (si bien referida a la solvencia técnica o profesional, la STJUE, asunto C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700, apartado 84, considera que la Directiva 2014/24 no excluye que las prescripciones técnicas puedan entenderse a la vez como criterios de selección relativos a la capacidad técnica y profesional, como especificaciones técnicas o como condiciones de ejecución del contrato).

3.4.18. Cuestiones formales de los certificados acreditativos de servicios previos

[Resolución 57/2022](#)

Finalmente, no cabe aceptar la alegación efectuada por la recurrente relativa a cuestiones formales de los certificados (lugar de la prestación, falta de especificación de los servicios prestados, fechas de ejecución o si el servicio se ejecutó correctamente) que invalidaría su carácter probatorio, pues, al margen de que varios de los certificados sí indican la localidad de prestación (Eibar, Arrasate, Izki, Zubieta, Vitoria) o los años en los que se llevó a cabo la ejecución del contrato, la falta de alguno de dichos aspectos en algún certificado no alteraría el contenido del mismo. En este sentido, el TACRC en su resolución 240/2021 ya tiene señalado que es suficiente con aportar certificados que acrediten la realización del servicio prestado que mas no su buena ejecución, pues ha de entenderse que el certificado de buena ejecución del PCAP y el certificado del artículo 90 de la LCSP tienen un significado equivalente. Por todo ello, este OARC / KEAO considera que la solvencia se ha acreditado satisfactoriamente y que el motivo de recurso debe desestimarse.



3.4.19 Conflictos de intereses (Incluye incompatibilidad por participación en la preparación del contrato)

[Resolución 093/2023](#)

El recurso alega que una de las empresas componente de la UTE adjudicataria (LKS Buildingenia) está vinculada con otra empresa (LKS Ingeniería), que ostenta un 70% de su capital social y que nombró a su Administrador único. LKS Ingeniería fue la adjudicataria de varios capítulos relevantes del proyecto (se citan el proyecto de urbanización del carril reservado para el BEI y el proyecto de construcción de las paradas) en contratos tramitados por ETS. Sobre este motivo de recurso, se observa lo siguiente:

- d 1) Sobre la “incompatibilidad especial” establecida en el artículo 70.1 de la LCSP.

El recurrente alega, en síntesis, la “incompatibilidad especial” provocada por la participación en la licitación de empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación (artículo 70.1 de la LCSP) y solicita la exclusión de la adjudicataria. La situación denunciada es un caso particular de conflicto de intereses de los descritos con carácter más general y no cerrado (de ahí el uso del término “al menos”) en el artículo 64 de la LCSP (así se deduce, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 3/3/2005, asuntos C-21/03 y C-34/03, ECLI: EU:C:C:2005:127, en especial su apartado 30; ver también la Comunicación de la Comisión “Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero”, (2021/ C121/01), apartado 4.1.3). Por lo que interesa al objeto del recurso, son relevantes las siguientes cuestiones en torno a esta figura (ver, por todas, las Resoluciones 85/2018, 8/2021 y 21 y 34/2023, así como la jurisprudencia que en ellas se cita):

- 1) La participación en la elaboración de los pliegos de una empresa vinculada a otra que participa en la correspondiente licitación como miembro de una UTE



puede falsear la competencia en el procedimiento de adjudicación y perjudicar la igualdad entre los licitadores. Debe tenerse en cuenta que quien participó en la elaboración de los pliegos o intervino en las actuaciones preparatorias pudo procurar, consciente o inconscientemente, configurar la prestación contractual para que los productos o servicios comercializados por ella misma o por otro operador económico vinculado a ella vinculada fueran los que mejor pudieran satisfacer las prescripciones y necesidades en ellos fijados. También podría darse el caso de que, durante la ejecución del contrato previo, la empresa haya accedido a información o datos cuyo conocimiento exclusivo favorece su posición o la de otra empresa vinculada con ella en el subsiguiente procedimiento de adjudicación.

- 2) El artículo 70.1 de la LCSP establece que el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para evitar que la situación que describe pueda falsear la competencia; entre estas medidas figuran la comunicación a los demás licitadores de la información intercambiada en las operaciones preparatorias que dan lugar a la incompatibilidad especial y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas. En última instancia, la resolución del conflicto de intereses puede requerir la exclusión del licitador afectado si no existe otra medida más proporcionada, si bien ello precisa de la audiencia previa de dicho operador económico, el cual puede justificar que su participación no falsea la competencia ni le dispensa un trato privilegiado. La apreciación de la existencia del falseamiento o la desigualdad exige un examen minucioso e imparcial de todos los elementos relevantes del asunto.

d 2) Sobre la petición de exclusión de la oferta de la adjudicataria

Pese a que los contratos previos y los vínculos societarios que fundamentan la impugnación ya existían y podían conocerse antes del inicio del procedimiento de adjudicación, la UTE recurrente solo los ha hecho aflorar a propósito de la impugnación de una adjudicación que les es desfavorable (tampoco consta que el poder adjudicador analizara en algún momento del procedimiento la situación conflictiva). En definitiva, la incompatibilidad denunciada se plantea ahora por primera vez, como fundamento de un recurso especial ante el OARC / KEAO, considerándolo



como un vicio de legalidad que invalida la adjudicación. Llegados a este punto y en este momento procedimental, ha de decidirse ahora exclusivamente sobre la legalidad de dicha adjudicación, que es el acto impugnado, y sobre la petición de exclusión de la UTE adjudicataria. Para ello, y con independencia del juicio que puedan merecer las actuaciones o las omisiones de la Administración durante el procedimiento, debe verificarse, no sólo la existencia del conflicto, sino si la incompatibilidad alegada ha producido efectivamente la infracción de algún principio básico de la contratación (como los de igualdad de trato, transparencia y salvaguarda de la libre competencia) o si la situación ha influido indebidamente en la decisión controvertida. Ello significa que la situación de conflicto ha de ser real y no meramente hipotética (ver, por ejemplo, la Resolución 34/2023 del OARC / KEAO). A la vista de esta consideración, este Órgano entiende que el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El recurrente identifica un único aspecto en el que considera que los trabajos previos han proporcionado una ventaja ilegítima en el procedimiento. Se trata de la valoración de tres subcriterios del criterio de adjudicación “Programación de obra” (“Coherencia y concreción de la planificación”, “Identificación de hitos de control” y “Correcta interpretación de restricciones de ejecución”) y de un subcriterio del criterio de adjudicación “Estudio de soluciones” (“Análisis técnico – económico acometidas a paradas”), todos ellos dentro del apartado “Estudio de documentación técnica”. En total, la diferencia en favor de la adjudicataria en estos subcriterios es de 4 puntos (1 punto de ventaja en cada uno de ellos), dándose la circunstancia de que en la aplicación del resto de los epígrafes de dicho apartado ha resultado en un empate entre las dos proposiciones. Es importante señalar que el recurso no discute los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor ni su evaluación, plasmada en el informe técnico que sustenta la adjudicación. En particular, no se discute el uso de la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador en dicha evaluación ni la motivación expuesta ni, especialmente, se impugna la conclusión de que la oferta de que la UTE adjudicataria es la más ventajosa; sin embargo, sí se alega que esta conclusión se debe a que la oferta ha alcanzado esta condición por disfrutar de una ventaja ilegítima en razón de la participación del licitador en los trabajos preparatorios del contrato.



2) En contra de lo que afirma la recurrente, del contenido del citado informe técnico (que no se discute por la recurrente) no se deduce que los trabajos previos hayan proporcionado ventaja a la oferta recurrida; revisando los motivos en los que se apoya el informe técnico (y, por lo tanto, el acto recurrido) para conceder las puntuaciones debatidas, se observa que obedecen a las siguientes razones:

- Es determinante la exhaustividad de la oferta ganadora frente al carácter menos detallado o general de la proposición de la recurrente, aunque esta no deje de atender “sin profundizar” a la programación de la obra (es el caso de la “Coherencia y concreción de la planificación”). Por otro lado, el informe apunta como fundamento de su valoración positiva algunos contenidos de la proposición impugnada difícilmente atribuibles a conocimientos derivados de los trabajos previos a los que no hayan podido acceder otras empresas, como, por ejemplo, la planificación con TUVISA y con el Servicio de Tráfico municipal antes del inicio de los trabajos o la toma de datos de campo.
- En otras ocasiones, la oferta de la adjudicataria se califica simplemente como “genérica” o “poco precisa” y aun así recibe mejor puntuación porque la de la recurrente es “muy superficial” o “muy básica” (así sucede en la “Identificación de los hitos de control” y en la “Correcta interpretación de restricciones de ejecución”). A juicio de este Órgano, el hecho de que la proposición ganadora sea mejor que la de la recurrente, pero simplemente “normal” según el baremo de puntuación establecido en los pliegos, es un indicio para descartar la desigualdad alegada, que parece que, de existir, debiera conceder ventajas más contundentes. En este mismo sentido, también es significativo que, en un caso, la adjudicataria recurrente proponga reducciones de plazo que no se consideran valiosas porque, a pesar de apoyarse en un estudio “exhaustivo y minucioso”, este no se aporta en la documentación evaluada y, sin embargo, sí se aprecien como interesantes criterios de movilidad y seguridad propuestos a partir de la experiencia de uno de los integrantes de la UTE en las peculiaridades de Vitoria – Gasteiz que podría conocer el recurrente.



- Respecto al “Análisis técnico – económico de la acometida a paradas”, este Órgano considera que no parece que la elaboración de los trabajos previos pueda dar ventaja alguna en un criterio de adjudicación cuya finalidad es promover que los licitadores presenten “un análisis propio de las soluciones base”, sobre todo si se tiene en cuenta que a todos los participantes en el procedimiento se les han facilitado los posibles puntos de conexión (como ya se ha dicho, facilitar a todos los licitadores la documentación necesaria para conocer los extremos relevantes de la preparación del contrato es una de las medidas que pueden neutralizar la desigualdad a la que se refiere el artículo 70.1 de la LCSP).
- 3) Por todo lo anterior, este Órgano entiende que la diferencia de puntuación no se debe a la incompatibilidad recogida en el artículo 70.1 de la LCSP, sino a las insuficiencias de la oferta de la recurrente y a los méritos de la de la adjudicataria, los cuales no parecen derivarse de su intervención en la preparación del contrato sino de un mejor análisis de la prestación y de las necesidades del poder adjudicador que también estaba al alcance de cualquier otro operador económico. A la vista de esta circunstancia, de la ausencia de otros indicios de conflicto decisivos para la adjudicación, y de que el Ayuntamiento no se ha basado en datos o razones distintos de los conocidos por todos los operadores económicos, debe concluirse que no puede apreciarse que el acto impugnado esté determinado por una infracción de los principios de igualdad de trato, transparencia y salvaguarda de la libre competencia.
- 4) Por otro lado, el punto de partida de la alegación de la recurrente es, cuando menos, dudoso. Se alega, como base de la importancia del conflicto de interés en el procedimiento de adjudicación, que los epígrafes de valoración en los que la adjudicataria ha obtenido mejor puntuación son justamente aquellos en los que la participación en la elaboración de la documentación preparatoria es más relevante. Sin embargo, no hay argumentación o prueba que apoye esta afirmación. En este sentido, del contenido del recurso no puede deducirse, por ejemplo, por qué los trabajos previos sí son decisivos para la evaluación de la “Coherencia y concreción de la planificación” pero no para la del “Análisis pormenorizado



de la programación en las zonas de actuación”, la de las “Medidas para mitigar imprevistos o climatología adversa”, o la de las “Afecciones al entorno”, cuando en todos los casos se trata de valorar, desde distintas perspectivas, el modo en el que el licitador va a programar o ejecutar la prestación descrita en los pliegos. Por ello, parece que, en realidad, el recurso focaliza su reproche en la valoración de los criterios debatidos porque son los que han concluido en un resultado que le es desfavorable, y la afirmación de que son precisamente los más afectados por el conflicto se hace a partir de esta circunstancia, y no al revés.

- 5) Finalmente, se observa que el plazo de presentación de ofertas (tres meses) es mucho más amplio que el plazo mínimo legal. Esta circunstancia es otro indicio de que el conflicto de intereses no ha tenido el efecto de perjudicar los principios de libre competencia o igualdad, pues se trata de una de las medidas que el propio artículo 70.1 de la LCSP contempla para evitar que la incompatibilidad especial ocasione dichos perjuicios.

[Resolución 34/2023](#)

Del análisis del procedimiento no se deduce que la participación de N.G. en la elaboración de los pliegos haya sido decisiva para adjudicar el contrato a BABCOCK. Por el contrario, hay claros indicios de que dicha participación ha sido, a estos efectos, irrelevante; como bien indica el poder adjudicador, la recurrente, que ha ofrecido un modelo de helicóptero distinto del propuesto por el adjudicatario impugnado, ha obtenido mejor puntuación que éste en todos los criterios de adjudicación de carácter técnico. Tampoco impugnó en su momento las prescripciones técnicas por apreciar en ellas alguna “barrera de entrada” que le dificultara arbitrariamente la participación en la licitación o alguna otra infracción de los principios de igualdad de trato y libre acceso. Finalmente, el recurso analizado se basa en cuestiones formales de la oferta de BABCOCK y tampoco formula, más allá de la constatación del aparente conflicto de intereses, ningún reproche de irregularidades concretas de él derivadas.

En definitiva, no consta (ni el recurrente lo acredita) que el posible conflicto de intereses haya influido en la configuración del acto anulado privilegiando la oferta de BABCOCK o falseando la competencia, dado que el procedimiento y su resultado no



se ha basado en consideraciones distintas de las establecidas en los pliegos, conocidas por todos los operadores económicos (ver, por ejemplo, la Resolución 21/2023 del OARC / KEAO y, por analogía, el artículo 70.1 de la LCSP).

[Resolución 21/2019](#)

El motivo de la exclusión de la recurrente, según el acta de la sesión de la Mesa de Contratación de 24 de octubre es que su oferta incumple lo dispuesto en el apartado 8 del PPT al designar como técnico responsable de verificación de ahorros en consumo de energía a una persona que carece del requisito de independencia respecto a la empresa licitadora porque forma parte de su plantilla, como expresamente se reconoce en el recurso (...). A este respecto, este Órgano entiende que en ningún caso puede considerarse independiente un técnico integrado en la plantilla de la licitadora. Debe tenerse en cuenta que el artículo 8 del PPT establece que los ahorros energéticos deben ser medidos, verificados y aceptados por ambas partes, Adjudicatario y el Ayuntamiento, por lo que el requisito de la independencia debe comprender, necesariamente, la ausencia de nexos con cualquiera de dichas partes, no solo de tipo jerárquico o laboral, como en este caso, sino de cualquier otro tipo que pudiera denotar la existencia de un conflicto de intereses que impidiera la correcta ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE, que establece que los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato, así como el artículo 64.1 de la LCSP). No obsta a esta conclusión que el PPT posibilite que la contratista presente después una persona distinta, pues tal prevención no puede subsanar una proposición que incumple el PPT.

[Resolución 83/2020](#)

En síntesis, el recurrente alega dos distintos conflictos de intereses para sustentar la impugnación; a juicio de este Órgano, ninguno de ellos acredita la conexión entre el interés invocado y la pretensión ejercida propia de la legitimación activa:



a) Por lo que se refiere a la supuesta incompatibilidad por la participación en la preparación del contrato del artículo 70.1 de la LCSP, se trata de una situación que, de existir, perjudicaría evidentemente los intereses de los demás licitadores, pues implicaría una quiebra de la igualdad de trato en el procedimiento en favor del adjudicatario impugnado; sin embargo, no se percibe en qué se afectarían los intereses de la Asociación, que no participa en el procedimiento de adjudicación, más allá de la defensa de la mera legalidad.

b) En cuanto a la alegación de que el adjudicatario, por sus circunstancias personales, no puede supervisar las obras con objetividad, debe recordarse que el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE considera un caso especial de falta de solvencia el del licitador afectado de un conflicto de intereses que le impide la correcta ejecución del contrato (ver la Resolución 21/2019 del OARC / KEAO). Sin embargo, el recurrente no explica de qué forma quien vaya a ejecutar el contrato de dirección facultativa, cuyo ámbito de actuación está constreñido por el proyecto de la obra y la documentación urbanística aplicable, puede perjudicar los intereses que defiende la Asociación. La afirmación de que, por el solo hecho de haber tenido una relación profesional previa con Asolarra se da dicha situación, la cual podría dañar los intereses de los propietarios del suelo urbano afectado, es genérica, hipotética y especulativa y, por lo tanto, insuficiente para acreditar la legitimación activa (ver, por ejemplo, la Resolución 24/2019 del OARC / KEAO).

[Resolución 63/2020](#)

Este Órgano ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, en este sentido, su Resolución 85/2018 y la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea que en ella se cita y su Resolución 127/2018), que el riesgo de conflicto de intereses ha de ser efectivamente constatado tras una valoración de la oferta y de la situación del licitador, debiéndose verificar la existencia de un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores; en todo caso, la situación de conflicto ha de ser real, no hipotética, y la medida que se adopte para remediarla debe ser proporcionada. Así, el OARC / KEAO ha apreciado la existencia de un conflicto de intereses 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 (Resolución 70/2015), o en el funcionario del poder adjudicador que participa en varias fases del procedimiento de adjudicación (especialmente en la elaboración del informe técnico sobre criterios valorables mediante juicios de valor) y del que se constata que ha facilitado información a la adjudicataria (Resolución 31/2017). Por el contrario, ha considerado que no puede descalificarse a priori la intervención de una persona en la evaluación de las ofertas en un procedimiento de adjudicación por un presunto conflicto de intereses con operadores económicos que todavía no han presentado su oferta (Resoluciones 18/2015 y 127/2018).

El recurrente considera que hay un conflicto de interés entre quien ha emitido el informe técnico en el que se ha basado la mesa de contratación para la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y la adjudicataria del contrato, por ser ambas distribuidoras oficiales de la marca Vitra y por ser la autora del informe de evaluación manifiesta admiradora de dicha marca y declarar que lucha contra las copias y productos no originales. Ambos argumentos han de ser desestimados por este OARC / KEAO:

- 1) las supuestas declaraciones admirativas sobre la marca Vitra y de lucha contra productos no originales se tratan, en todo caso, de expresiones de una opinión que, para que tuvieran relevancia, deberían tener una estrecha vinculación con lo actualmente debatido que es el informe de valoración y su sesgo favorable hacia una marca de mobiliario determinada frente a otras, lo cual no se observa en este supuesto. Por el contrario, las referencias a la marca Vitra ni figuran en el PPT ni en el informe de valoración siendo relevante que todas las empresas licitadoras, entre las que se encuentra la recurrente, y no sólo la adjudicataria, han ofertado productos de la marca Vitra.
- 2) la recurrente sustenta su afirmación de que la autora del informe de evaluación es distribuidora de la marca VITRA y, por consiguiente, tiene un conflicto de interés, en la captura de una pantalla de una red social en la que figura un comentario ambiguo a este respecto. Por el contrario, el poder adjudicador niega este extremo y, como sustento de dicha afirmación, se remite a la



dirección web de Vitra en la que se puede consultar el listado de sus distribuidores (<https://www.vitra.com/es-es/find-vitra>). A este respecto, se debe recordar que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar además de los argumentos, los medios probatorios que permitan acreditarlos (ver, en este sentido la Resolución 210/2019) y, en este supuesto, la afirmación de la recurrente viene desmentida por el contenido de la página web de Vitra.

[Resolución 8/2021](#)

Por último, aunque la recurrente manifiesta expresamente que no formula, al menos de momento, una pretensión específica anudada a la recusación, deben desestimarse los argumentos relativos a la parcialidad de una de las personas autoras del informe técnico que justifica la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. En este sentido, aunque no se pueda hacer recaer sobre el licitador que plantea la recusación la carga de probar la parcialidad de los expertos nombrados por el poder adjudicador, el recurrente debe, al menos, presentar elementos objetivos que permitan dudar de la imparcialidad de dicho experto, los cuales deben ser necesariamente examinados por el poder adjudicador (ver la sentencia de 12/3/2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, especialmente los apartados 43 y siguientes). En el caso analizado, este Órgano considera que el poder adjudicador ha cumplido con el deber que le impone el artículo 64.1 de la LCSP de detectar y solucionar de modo efectivo los hipotéticos conflictos de intereses que puedan surgir en el procedimiento de adjudicación, concretamente, mediante la aplicación del incidente de recusación previsto en el artículo 24 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público; de este procedimiento se deduce la inexistencia del debatido conflicto (ver, por ejemplo, la Resolución 70/2015 del OARC / KEAO). Por el contrario, la UTE no ha desmentido en vía de recurso la validez de la conclusión del incidente de recusación, más allá de nuevas menciones genéricas a las causas que lo motivaron.

[Resolución 177/2021](#)

Este Órgano ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, en este sentido, su Resolución 85/2018 y la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea que en



ella se cita, así como la Resolución 127/2018), que el riesgo de conflicto de intereses ha de ser efectivamente constatado tras una valoración de la oferta y de la situación del licitador, debiéndose verificar la existencia de un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores; en todo caso, la situación de conflicto ha de ser real, no hipotética, y la medida que se adopte para remediarla debe ser proporcionada. Así, el OARC / KEAO ha apreciado la existencia de un conflicto de intereses 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 (Resolución 70/2015), o en el funcionario del poder adjudicador que participa en varias fases del procedimiento de adjudicación (especialmente en la elaboración del informe técnico sobre criterios valorables mediante juicios de valor) y del que se constata que ha facilitado información a la adjudicataria (Resolución 31/2017). Por el contrario, ha considerado que no puede descalificarse a priori la intervención de una persona en la evaluación de las ofertas en un procedimiento de adjudicación por un presunto conflicto de intereses con operadores económicos que todavía no han presentado su oferta (Resoluciones 18/2015 y 127/2018).

El recurrente considera que hay un conflicto de interés entre quien, según su afirmación, ha emitido el informe técnico en el que se ha basado la mesa de contratación para la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y la adjudicataria del contrato. Dicha argumentación ha de ser desestimada por este OARC / KEAO por lo siguiente:

- 1) La recurrente afirma que el verdadero autor del informe técnico no es quien lo firma, sino otra persona que presuntamente tiene relaciones comerciales e, incluso, vínculos familiares con la adjudicataria. Por el contrario, el poder adjudicador niega rotundamente este extremo y confirma que quien ha redactado el informe técnico es la persona que lo firma, esto es, el Jefe del Área de Estudios y Proyectos de la Dirección de Gestión Económica y Recursos Generales. A este respecto, se debe recordar que, aunque no se pueda hacer recaer sobre el licitador que plantea la existencia del conflicto la carga de probar la parcialidad de quien valora las ofertas, el recurrente debe, al menos, presentar elementos objetivos comprobables que permitan dudar de la imparcialidad del informante (ver, por



ejemplo, la Resolución 8/2021 del OARC / KEAO y la STJUE de 12/3/2015, C-21/22 538/13, ECLI:EU:C:2015:166, especialmente los apartados 43 y siguientes); en este caso, no se aporta ningún indicio o prueba que ponga en duda que en la elaboración del informe participó alguien más además de quien lo suscribe y que este Órgano pueda verificar.

- 2) BIGUNE afirma que la persona afectada por el supuesto conflicto de intereses ha sido contratada para llevar a cabo la valoración de las propuestas y la elaboración del correspondiente informe técnico. Sin embargo, no consta en el expediente dicha contratación (ni el recurrente aporta prueba alguna), por lo que debe concluirse que su relato carece del mínimo soporte probatorio y debe rechazarse; tan solo se presentan “pantallazos” de redes sociales que no prueban lo manifestado, ni tampoco acreditan la existencia de las relaciones comerciales con la adjudicataria a los que se refiere el recurso.
- 3) Finalmente, tampoco se aporta evidencia alguna de que en la actuación del órgano de contratación haya podido influir la supuesta relación comercial y laboral de la persona a la que la recurrente confiere la autoría del informe con la empresa adjudicataria. En definitiva, no habiendo quedado acreditado la existencia real y no hipotética del conflicto de interés, no cabe aceptar el motivo impugnatorio.

[Resolución 052/2024](#)

El recurrente alega que DELTA SEGURIDAD, mediante el ejercicio de las funciones de dirección de seguridad de CABB que contractualmente tiene atribuidas y que ejerce mediante un empleado suyo, ha tenido influencia en el diseño del objeto del contrato y en su licitación, como se deduce del trato favorable otorgado a su oferta. Además, señala que la oferta técnica de la adjudicataria indica que la prestación del servicio se configuraría con el responsable o la dirección de seguridad de CABB, lo que confundiría en la misma persona la ejecución del contrato y su seguimiento. Sobre este motivo de impugnación, se observa lo siguiente:

- a 1) Sobre la existencia de un conflicto de interés que afecta a la preparación del expediente y al procedimiento de adjudicación del contrato.



UTE ALSE basa este motivo de recurso en que CABB carece de personal propio experto en seguridad, por lo que se supone que, “de manera humana y natural”, el director de seguridad (empleado de DELTA SEGURIDAD) ha sido, al menos, consultado. Se trata de un reproche que no puede aceptarse por las siguientes razones:

- 1) Pese a que los contratos previos y los vínculos que fundamentan la impugnación ya existían y podían conocerse antes del inicio del procedimiento de adjudicación, la UTE recurrente solo los ha hecho aflorar a propósito de la impugnación de una adjudicación que le es desfavorable (tampoco consta que el poder adjudicador analizara en algún momento del procedimiento la situación conflictiva). En definitiva, la incompatibilidad denunciada se plantea ahora por primera vez, como fundamento de un recurso especial ante el OARC / KEAO, considerándolo como un vicio de legalidad que invalida la adjudicación. Llegados a este punto y en este momento procedimental, ha de decidirse ahora exclusivamente sobre la legalidad de dicha adjudicación, que es el acto impugnado, y sobre la petición de exclusión de la UTE adjudicataria. Para ello, y con independencia del juicio que puedan merecer las actuaciones o las omisiones de la Administración y de los interesados durante el procedimiento, debe verificarse, no sólo la existencia del conflicto, sino si la situación alegada ha producido efectivamente la infracción de algún principio básico de la contratación (como los de igualdad de trato, transparencia y salvaguarda de la libre competencia).
- 2) La situación denunciada por la recurrente tendría encaje, en su caso, dentro del amplio y abierto concepto de conflicto de intereses descrito en el artículo 64.2 LCSP, así como en el artículo 70.1 LCSP (incompatibilidad por participación en las operaciones preparatorias del contrato), que no es sino un supuesto especial de conflicto de intereses (ver, por ejemplo, la Resolución 93/2023 del OARC / KEAO). La necesaria objetividad e imparcialidad del asesoramiento o apoyo técnico formal o informal que el supuesto director de seguridad (que desempeñaría ese cargo en virtud de un contrato de CABB con DELTA SEGURIDAD, S.A.) podría haber prestado al poder adjudicador en la configuración del servicio demandado, en la elaboración de los documentos contractuales o en la valoración de las ofertas podría verse mediatizada por su vinculación con la actual prestadora del servicio, de la que es empleado, empresa del sector de actividad al que se dirige el contrato y licitadora en el procedimiento de adjudicación impugnado, a la que habría conferido ventajas contrarias a los principios



de igualdad de trato y libre competencia (ver, por todas, las Resoluciones 34 y 93/2023 del OARC / KEAO).

- 3) Este Órgano ya ha señalado (ver sus Resoluciones 8/2021 y 95/2022) que, aunque no se pueda hacer recaer sobre el licitador que plantea la existencia del conflicto la carga de probar la falta de objetividad del implicado en él, el recurrente debe, al menos, presentar elementos objetivos comprobables que permitan dudar de la imparcialidad del implicado en el conflicto (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/3/2015, C- 21/22 538/13, ECLI:EU:C:2015:166, especialmente sus apartados 43 y siguientes). En este caso, ni siquiera se ha aportado ninguna prueba o indicio de que la persona supuestamente incurso haya influido en el diseño del contrato o del procedimiento de adjudicación, o en el proceso de evaluación de las ofertas (de hecho, el informe técnico de valoración está suscrito por otras personas). Por el contrario, el recurso se basa en la mera convicción de la recurrente, fundada su vez en suposiciones apoyadas tan solo en la falta de personal experto en el poder adjudicador y en lo que sería una actuación “humana y natural”. A juicio de este Órgano, esta argumentación es del todo insuficiente y no sirve para exponer el conflicto, pues no se alega ni identifica, ni siquiera de modo indiciario, participación alguna de la persona citada en algún trámite del procedimiento de adjudicación.
- 4) La recurrente afirma que la influencia del conflicto alegado es palpable en el trato distinto y más favorable que ha recibido la adjudicataria. A la vista del recurso en su conjunto, esta alegación está en realidad fundada en la supuesta existencia de razones para excluir la oferta de la adjudicataria por existir en ella contradicciones internas que el poder adjudicador no ha apreciado o en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, que UTE ALSE considera tendenciosa en favor de UTE DELTA. Estos motivos de recurso, con independencia del juicio que le merezcan a este Órgano, no estarían originados en el conflicto de intereses, denunciado, pero no acreditado ni siquiera como hipótesis de partida sino, en su caso, en la actuación incorrecta de CABB en el análisis y evaluación de las proposiciones.

a 2) Sobre la existencia de un conflicto de intereses en la ejecución del contrato

La recurrente alega que la oferta de UTE DELTA indica en varios apartados que los servicios que preste como contratista se configurarán con el responsable / dirección



de seguridad de CABB, lo cual es tanto como acordar con su propio empleado el alcance y contenido de la prestación contractual, situación inaceptable que debe impedirse excluyendo la proposición de UTE DELTA. Sobre esta alegación, se observa lo siguiente:

- 1) El apartado 4 del artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, establece que “Los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato”. Este precepto, del que las “incompatibilidades especiales” recogidas en el artículo 70.2 LCSP no son sino casos particulares, carece de una trasposición general en la LCSP. No obstante, este Órgano ha invocado su contenido con efecto directo en varias ocasiones, considerándolo un conflicto de interés que provoca un supuesto especial de falta de solvencia técnica (ver, por ejemplo, las Resoluciones 55/2018, 21/2019, 83/2020 y 22/2021 del OARC / KEAO y, por analogía, la sentencia de 21/12/2023, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-66/22, apartados 47 y siguientes, sobre los motivos de exclusión “facultativos”, así como el artículo 57.4 e) de la Directiva 2014/24/UE).
- 2) La doctrina expuesta en el apartado 1) anterior sería aplicable al caso analizado si, por ejemplo, la ejecución de la prestación contractual fuera supervisada o acordada de cualquier forma por la misma adjudicataria, por medio de uno de sus empleados o de cualquier otra persona física o jurídica vinculada de alguna manera con ella. En estas circunstancias, podría dudarse de que dicha persona atendiera en el ejercicio de sus funciones prioritariamente al interés de CABB si ello implicara tomar decisiones contrarias al interés de la empresa con la que está relacionada. Para apreciarse la existencia del conflicto, no es estrictamente necesario decidir si D. XXX desempeña de manera formal o informal el cargo de Director de Seguridad en la estructura de CABB o si es el responsable del contrato con el alcance y funciones que a esta figura atribuye el artículo 62 LCSP, cuestiones ambas ampliamente debatidas por los interesados. Por el contrario, una vez que no se discute la existencia de una relación o vínculo entre la adjudicataria impugnada y D. XXX, es suficiente con fijar si, de cualquier forma, esta persona (y por lo tanto, UTE DELTA) tiene o puede tener algún tipo de influencia sobre el control, la vigilancia o la supervisión que el poder adjudicador ejerce sobre la ejecución del contrato; dicha influencia es la que determina el conflicto



de intereses, con independencia de la manera orgánica o funcional en la que se manifieste.

3) A juicio de este Órgano, de la documentación que consta en el expediente de contratación y de la prueba documental practicada se deducen indicios suficientes para concluir que D. XXX asumiría o podría asumir, en virtud de su relación o vínculo con UTE DELTA y como consecuencia de un contrato suscrito por CABB con una de las componentes de dicha UTE, funciones de control, seguimiento o coordinación del contrato impugnado. En particular, se observa que la oferta técnica de UTE DELTA incluye lo siguiente:

- Menciones al correo electrónico de “XXX” con extensión “grupo-delta.es” como propio de uno de los dos componentes (el otro parece ser el correo de la persona designada como responsable del contrato, empleada de CABB) de la “Dirección de seguridad CABB” a la que se comunican las incidencias en las instalaciones vigiladas (páginas 77 a 81). El argumento de UTE DELTA, que afirma que las notificaciones a esta dirección de correo no guardan relación con la prestación contractual, sino que se realizan para facilitar el traslado de esta información de D. XXX al CNPIC, no es convincente. Si la remisión de los partes diarios de trabajo (que contienen la descripción de la incidencia detectada y las posibles consecuencias para la seguridad de la Presa, E.D.A.R. o E.T.A.P.) fuera irrelevante, no formaría parte de la oferta contractual y, en cualquier caso, si dicha información ha de ser trasladada al CNPI por D. XXX en ejercicio de las funciones que le ha encomendado por contrato el CABB, supone que se trata de una información relevante que puede tener incidencia en la forma en la que se ejecuta el contrato impugnado. En cualquier caso, las funciones de esta persona como enlace del CABB como operador crítico con el Ministerio de Interior datan, como muy pronto, del 15/4/2022 (fecha de la jubilación del anterior enlace, empleado laboral fijo de CABB), siendo hasta entonces el suplente en dichas funciones de enlace; sin embargo, en la oferta técnica de la UTE DELTA presentada en el procedimiento de adjudicación anterior del contrato previo con el mismo objeto del impugnado (formalizado el 5/8/2020) ya figuran menciones al correo de D. XXX muy similares a las señaladas en este apartado.
- Menciones a “responsables de seguridad y Asistencia Técnica en seguridad de CABB” (páginas 69, 70, 74, 75, 126 y 130) a propósito de su participación en grupos de trabajo con técnicos de CABB o de la empresa para tratar de materias como la



revisión de la operativa del servicio, traspaso de información entre la adjudicataria y la siguiente prestadora del servicio o el plan de entrada al servicio.

- 4) La respuesta al requerimiento de prueba adjunta documentos relativos al “Contrato administrativo otorgado por el Consorcio de Aguas Bilbao – Bizkaia, relativo a la contratación de la asistencia técnica en seguridad relativa al ejercicio de funciones de responsable de seguridad y enlace como operador crítico”. CABB señala que no puede remitir, sin incurrir en responsabilidad, la documentación referida a la oferta técnica, los pliegos y otros documentos, que tienen carácter de secretos (artículo 20.3 del Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas). No obstante, sí se remite el documento de formalización del contrato, que incluye como Anexo un “Acuerdo de confidencialidad” que, en el apartado tercero de la parte expositiva, señala que CABB y DELTA SEGURIDAD han iniciado contactos “...a fin de contar con asistencia técnica para el asesoramiento en las funciones a desarrollar como Operador Crítico y en general en la Seguridad de las instalaciones del Consorcio”. Consecuentemente, el ámbito objetivo del contrato comprende cualquier aspecto de la seguridad de CABB y puede incluir las funciones que la oferta de UTE DELTA atribuye a “la asistencia en seguridad de CABB” en su oferta técnica (ver el apartado 3) anterior).

a) Conclusión

A la vista de lo expuesto en el apartado a 2) anterior, UTE DELTA debe ser excluida del procedimiento de adjudicación por estar afectada por un conflicto de intereses que puede impedir que el contrato se ejecute y, en especial, se controle y se supervise adecuadamente. Esta medida resulta adecuada y necesaria puesto que la intervención de D. XXX en la ejecución del contrato forma parte de la oferta contractual la cual es inalterable en un procedimiento abierto (artículo 156.1 de la LCSP). Dado que la apreciación de este motivo de recurso ya supone la exclusión de la oferta y la retroacción de las actuaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP, no es necesario que este Órgano analice el resto de los motivos que fundamentan la impugnación.

3.4.20 Volumen anual de negocios para la acreditación de la solvencia económica



[Resolución 043/2024](#)

A la vista de lo anterior, de la documentación que consta en el expediente y de las alegaciones de las partes este Órgano entiende que el recurso debe desestimarse por las razones que se exponen a continuación.

- 1) En lo que a la acreditación de la solvencia económica se refiere, los pliegos exigen que la misma se realice mediante el volumen anual de negocios que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser por importe igual o superior a (en lo que se refiere al presente recurso, LOTE 23-itinerario B4702) 34.601,47€.
- 2) La recurrente aportó la autoliquidación del IVA del ejercicio 2019, de la que se deduce un volumen anual de negocios de 33.392,39 euros (casilla 115, “Volumen de ingresos”), insuficiente para alcanzar el umbral de solvencia exigido. Como bien señala el poder adjudicador, el volumen anual de negocios se corresponde con el importe neto de la cifra de negocios, por lo que el IVA no debe computarse en él, con independencia de que la cifra de “Ventas e ingresos” (casilla 810) de la declaración de IRPF de 2019 sí deba incluir dicho cómputo, según la normativa aplicable a este impuesto. Consecuentemente, no cabe acceder a la pretensión de la recurrente de que se incremente la cifra de negocios inicialmente acreditada con el importe del IVA repercutido.
- 3) Finalmente, el principio de igualdad de trato (artículo 1.1 LCSP) se opone a una interpretación de un requisito de solvencia económica como el debatido que haga depender su alcance del régimen tributario o contable al que está sujeto el operador económico, de tal forma que dos licitadores con la misma actividad económica puedan llegar a acreditar niveles de solvencia dispares.

[Resolución 036/2024](#)

El recurrente considera que el “Importe de la Cifra de Negocios” de las Sociedades del ejercicio 2021, se debe calcular adicionando a la cantidad que figura en la partida de la cuenta de pérdidas y ganancias de sus Impuestos sobre Sociedades y de sus Cuentas Anuales las subvenciones recibidas dicho año para así obtener los ingresos de las actividades ordinarias que se definen como “importe neto de la cifra de



negocios”. A juicio de este Órgano esta alegación debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) El volumen o cifra de negocios es un concepto económico (ver, en este sentido, la Resolución 511/2021 del Tribunal administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 128/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y Resolución 567/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), no existiendo discrepancia entre las partes sobre la procedencia de acudir a la normativa contable para determinar los conceptos que deben integrarla.
- 2) A los efectos de la resolución de la cuestión planteada es relevante la siguiente normativa:
 - (i) La Norma 11^a del apartado I “Normas de elaboración de las cuentas anuales” de la Tercera Parte “Cuentas anuales” del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre que dispone que El importe neto de la cifra anual de negocios se determinará deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión.
 - (ii) El artículo 34.4.b) de la Resolución de 10 de febrero de 2021, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para el reconocimiento de ingresos por la entrega de bienes y la prestación de servicios, excluye del importe de la cifra de negocios “b) Las Subvenciones no integran el importe de la cifra anual de negocios. No obstante, cuando la subvención se otorgue en función de unidades de producto vendidas y forme parte del precio de venta de los bienes y servicios, su importe estará integrado en la cifra de ventas o prestaciones de servicios a las que afecta, por lo que se computará en el importe neto de la cifra anual de negocios.”



- (iii) La exposición de motivos de la citada Resolución de 10 de febrero de 2021, en relación a las “subvenciones” y su inclusión o no en el concepto de “importe de la cifra anual de negocios” manifiesta que: Otro aspecto que se mantiene de la anterior norma es la regulación de las «subvenciones» a estos efectos, las cuales en general no deben incluirse en el importe neto de la cifra de negocios, si bien para casos excepcionales, que se producen en el marco de algunas actividades concretas en los que la subvención se concede de forma individualizada, en función de unidades de producto vendidas o servicios prestados, se tomará en consideración para formar parte de la cifra de negocios, debiendo contabilizarse en este último caso, junto con los ingresos a los que se vincula, es decir, ventas o ingresos por prestaciones de servicios. De esta forma se obtiene el mismo resultado que si el perceptor de las subvenciones fuera el comprador de los bienes o servicios cuyo precio está subvencionado. Deberá, no obstante, facilitarse información en la memoria de las subvenciones recibidas.
- 3) En resumen, el concepto de “Importe neto de la cifra anual de negocios” engloba el importe de la venta de bienes y servicios ordinarios de la empresa durante un período de tiempo, excluidos los descuentos e impuestos que sean objeto de repercusión. Con carácter general las subvenciones no se deben computar en este concepto, si bien con carácter excepcional, podrán serlo siempre que la subvención se haya concedido de forma individualizada en función de unidades de producto vendidas o servicios prestados, en cuyo caso, la entidad tiene la obligación de contabilizarlo junto a los ingresos a los que se vincula.
- 4) En el supuesto examinado, los importes que figuran en la casilla de “Importe neto de la cifra de negocios” de la cuenta de pérdidas y ganancias del Impuesto sobre sociedades y de las cuentas depositadas en el Registro Mercantil de ACADEMIA TRINIDAD y CEAFORM, y en el Impuesto de Sociedades de NEWTON son las siguientes y su importe conjunto no alcanza el umbral mínimo exigido en la cláusula específica 22.1 del PCAP:



SOCIEDAD	CIFRA NEGOCIOS EN PyG
ACADEMIA TRINIDAD, S.L.	1.040.800,30
CENTROS AGRUPADOS DE FORMACIÓN EMPRESARIAL, S.L.	397.583,94
NEWTON CONSULTORIA I- FORMACIÓN, S.C.	326.595,68
TOTALES	1.764.979,92

- 5) No procede adicionar a las cifras o importes neto de negocios anual que figuran en el apartado 4) anterior las cantidades percibidas en concepto de subvenciones porque estos últimos importes no están contabilizados junto con los ingresos a los que se pretenden vincular, esto es, junto a los ingresos por las prestaciones de los servicios. Frente a esta consideración decae la argumentación contenida en el informe pericial, sustentada sobre diversos acuerdos de concesión de subvenciones, de que los ingresos percibidos por este concepto deben formar parte de la cifra de negocios, pues es el propio licitador recurrente y las empresas que integran su solvencia quienes han considerado que las cuantías de las subvenciones no forman parte de sus importes de venta de bienes y servicios ordinarios, además de que de la mayoría de estos acuerdos de concesión no se desprende que la subvención forme parte del precio individualizado del servicio prestado.

3.4.21 Solvencia y sucesión de empresa

[Resolución 123/2024](#)

La recurrente pretende que se admita la acreditación de su solvencia técnica y económica mediante la documentación de otra mercantil de la que afirma ser sucesora empresarial al haberle sido transmitido el patrimonio de esta última en una rama de actividad (Jardinería). A juicio de este Órgano no cabe aceptar dicho motivo impugnatorio por las siguientes razones:



- 1) En este caso no es aplicable el artículo 144 LCSP, ya que la constitución de la empresa licitadora se produjo con anterioridad a la fecha de inicio del procedimiento de licitación. En efecto, mientras que la empresa LAKUBARRO GREEN, S.L. se constituyó el 27 de marzo de 2023, el procedimiento licitatorio se inició mediante resolución de inicio del Director General de Lanbide el 14 de noviembre de 2023; consecuentemente, la supuesta transmisión del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad no se pudo producir durante la tramitación del procedimiento y antes de la formalización, requisito para la aplicación del artículo 144 LCSP.
- 2) En todo caso, para que la operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad de la empresa licitadora o candidata tenga eficacia jurídica se precisa de la inscripción de la operación en el Registro Mercantil (artículo 16.1 del Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio). No consta en el expediente dicha inscripción, por lo que, aunque previamente se hubieran dado pasos para la transformación societaria, ésta no tiene ninguna eficacia frente a terceros y, en consecuencia, únicamente LAKUBARRO GREEN, y no LUKABARRO, S.L. ostenta la condición de interesada a título de licitador en este procedimiento de contratación.

3.6. Habilitación profesional

3.6.1. Momento en el que debe apreciarse su concurrencia

[Resolución 27/2019](#)

Por lo tanto, no existe duda alguna de que la autorización requerida por la cláusula específica 21.4.1 del PCAP es una exigencia legal, de derecho necesario, relacionado con la capacidad del licitador para prestar el servicio, cuya finalidad es impedir que las entidades del sector público contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar la actividad de la que se trate. En este sentido, nos encontramos ante un requisito de aptitud del contratista (artículo 65.2 LCSP).



Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP, el momento decisivo para apreciar la concurrencia de la autorización es el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, y ello con independencia del momento en que deba presentarse la acreditación correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 131/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de noviembre de 2016, nº de procedimiento 543/2015, ES:TSJPV:2016:3715). Todo ello concuerda, además, con las disposiciones de la Directiva 2014/24, que facultan al poder adjudicador a exigir a los operadores económicos a que demuestren estar en posesión de la autorización especial para poder prestar el servicio cuando, como en el supuesto que nos ocupa, dicha autorización fuera necesaria (artículo 58.2 párrafo segundo), habilitando al poder adjudicador a que esta circunstancia sea prevista como un criterio de selección para poder participar en el procedimiento de adjudicación (artículo 58.1).

Por ello, la cláusula impugnada al solicitar que la autorización deberá estar disponible en la fecha final de presentación de ofertas no incurre en infracción alguna, por lo que el motivo alegado no puede ser estimado.

3.6.2. Diferencia con la solvencia

[Resolución 15/2021](#)

Debe recordarse que, aunque tanto la solvencia (artículos 74 y siguientes de la LCSP) como la habilitación (artículo 65.2 de la LCSP) se incluyen en el concepto más amplio de “aptitud” (artículos 65.1 de la LCSP), que comprende, en síntesis, los requisitos personales necesarios para contratar con las entidades del sector público, ambas figuras son distintas y obedecen a finalidades diferentes. En este sentido, este Órgano ha señalado que la funcionalidad de la habilitación es impedir que las entidades del sector público contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar la actividad de la que se trate, mientras que la solvencia pretende asegurar que el operador económico dispone de capacidades y medios económicos, financieros y técnicos adecuados para ejecutar el contrato con garantías suficientes de éxito (ver, por ejemplo, la Resolución 77/2018 del OARC / KEAO). Con independencia de que la



redacción y la sistemática de los pliegos no sea muy precisa en este punto, este Órgano entiende que, dado que el epígrafe no se refiere a ningún requisito que permita a la empresa licitadora desempeñar legalmente la actividad contratada (licencia, autorización, etc.), sino a condiciones relativas a los recursos humanos a disposición de la ejecución del contrato (ver, por ejemplo, las letras b) y e) del artículo 90.1 de la LCSP), debe considerarse una exigencia propia de la solvencia técnica.

3.6.3. Habilitación y sucesión de empresa

[Resolución 69/2021](#)

En síntesis, la cuestión planteada es si el recurrente (PREVING), cuya oferta había sido calificada como la más ventajosa a los efectos de los apartados 1 y 2 del artículo 150 de la LCSP, ha sido correctamente excluido por no acreditar un requisito de habilitación, consistente en una autorización administrativa exigida por los pliegos. El caso analizado incluye la peculiaridad de que el licitador inicial (ASEM) fue sucedido por el recurrente en el procedimiento de adjudicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 144 de la LCSP (concretamente, por una operación societaria de fusión por absorción) y acreditó dicho requisito satisfactoriamente. A juicio de este Órgano, el recurso debe estimarse por las siguientes razones, básicamente coincidentes con las que sustentan las Resoluciones 240/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y 217/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, así como la sentencia de 16 de enero de 2019 de la Audiencia Nacional, nº 49/2019, ECLI:ES:AN:2019:49, que confirma la primera de ellas:

- 1) El artículo 144 de la LCSP establece que “Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y



ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.”

- 2) A falta de una regulación expresa adicional en la LCSP, los efectos de la sucesión derivados de las operaciones societarias mencionadas en el artículo 144 son los recogidos en la legislación mercantil. En este sentido, el artículo 23.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles establece que “Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.” Dado que PREVING se fusionó por absorción con ASEM, que sí disponía de la habilitación solicitada, y que la fusión supone que “la sociedad absorbente se subroga en la misma situación jurídica en la que se encontraba la sociedad absorbida, asumiendo todos los derechos y obligaciones de esta última, de forma que se hace responsable ante toda autoridad por las obligaciones de la sociedad absorbida” (ver el Fundamento jurídico tercero de la sentencia de la Audiencia Nacional de 16/1/2019, antes citada), debe entenderse que PREVING también satisface el citado requisito.
- 3) Lo anterior queda confirmado por la Resolución de 26/1/2021 de la Directora de OSALAN, que concede la autorización discutida a PREVING pero no como un otorgamiento “ex novo” sino considerándola un “cambio de titularidad” de los servicios sanitarios de ASEM que pasan a pertenecer a PREVING en virtud de la fusión. La sucesión universal de la entidad fusionada en los derechos y obligaciones de la absorbida no depende de la Resolución, que tan solo constata sus efectos en una autorización preexistente, sino de la propia operación societaria.
- 4) Dado que la fusión implicaba la sucesión universal, y ésta a su vez que PREVING disponía, sin solución de continuidad, de la habilitación que ya había acreditado ASEM, no era preciso que se le solicitara a la primera documentación acreditativa al amparo del artículo 150.2 de la LCSP; téngase en cuenta que este trámite se refiere a documentación de capacidad que no se hubiera aportado con anterioridad, que no es el caso.



3.6.4 Diferencia entre un requisito de habilitación y una prescripción técnica

[Resolución 102/2024](#)

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso, las cuales conducen a la estimación de la impugnación:

- 1) En primer lugar, debe determinarse si el requisito debatido es propio de la habilitación (artículo 65.2 LCSP) o, como sostiene el recurrente, se trata de una prescripción técnica (artículo 125 LCSP). En el primer caso, sería un requisito de aptitud exigible al licitador, que debe disponer de él a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y hasta la formalización del contrato y cuya acreditación provisional se incluiría en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), debiéndose presentar la acreditación definitiva por el licitador que haya presentado la proposición mejor valorada en el trámite previsto en el artículo 150.2 LCSP. Por el contrario, en el segundo caso sería una obligación contractual cuyo cumplimiento solo sería exigible al contratista, sin perjuicio de que los pliegos podrían pedir su acreditación expresa a los licitadores (ver, por todas, la Resolución 156/2019 del OARC / KEAO).
- 2) Para resolver la cuestión planteada, es particularmente relevante acudir a la regulación que en los pliegos y en el procedimiento se ha dado al requisito:
 - La cláusula específica 21.3 del PCAP, titulada precisamente “Habilitación empresarial o profesional”, establece que “La empresa deberá disponer de las habilitaciones necesarias para el ejercicio de la actividad”, sin detallar a qué cualificaciones concretas se refiere. El requerimiento al recurrente para aportar la documentación recogida en el artículo 150.2 LCSP, en cambio, sí añade que las habilitaciones son necesarias “para el ejercicio de la actividad respecto del helicóptero ofertado”, y menciona expresamente, entre otros



aspectos a acreditar, “la disposición de la aeronavegabilidad continuada (Certificado CAMO o Parte M)”.

- El apartado 4.2 del PPT, titulado “Documentación específica”, establece que “El helicóptero, en el momento de su entrega, dispondrá y tendrá en vigor toda la documentación y las aprobaciones y certificados necesarios para su operación definitiva según la legislación española”. Entre la documentación citada al respecto figura el “Certificado de aeronavegabilidad”.
- 3) De lo expuesto en el apartado 2) anterior se deduce que los pliegos han articulado el requisito como una prescripción técnica y no como una habilitación. Esta conclusión se deduce, en primer lugar, del hecho de que solo el apartado 4.2 del PPT tiene una mención específica al requisito de navegabilidad, mientras que lo establecido en el PCAP sobre la habilitación no cita ninguna autorización o cualificación. El PPT, además, es claro en señalar que el requisito debe cumplirse en el momento de la entrega del helicóptero.
- 4) La conclusión de que el requisito es una prescripción técnica y no una habilitación es, además, consecuente con el principio de transparencia, que impide que una estipulación poco clara (y una cláusula sobre habilitación que no concreta la que se exige) perjudique al licitador (ver, por todas, la Resolución 163/2018 del OARC / KEAO).
- 5) A la vista de los apartados 1) a 4) anteriores, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que la oferta del recurrente sea admitida y se continúe el procedimiento a partir de ese momento.

3.7. Objeto social

[Resolución 36/2020](#)



La recurrente alega que el objeto social de la adjudicataria no comprende las prestaciones exigidas por la licitación, concretamente la proyección cinematográfica, y lo pone en conexión con los extremos anteriormente expuestos.

A este respecto, debe indicarse que la LCSP no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, por lo que la interpretación del artículo 66 de la LCSP debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa (ver, en este sentido, la Resolución 27/2012 del OARC/KEAO). De esta forma, constituyendo la gestión de eventos colectivos una parte del objeto de la sociedad adjudicataria, debe concluirse que las prestaciones objeto del contrato quedan incluidas dentro del ámbito de actividades de la empresa. Por otra parte, es irrelevante para el presente debate los números CNAE con los que la adjudicataria se encuentra dada de alta en el impuesto de actividades económicas, porque nada tiene que ver con la capacidad de la empresa para la prestación del contrato o con la solvencia requerida. Por todo ello, debe desestimarse el alegato de la recurrente.

[Resolución 164/2023](#)

La recurrente alega, en síntesis, que el objeto social de la adjudicataria no es coincidente con el objeto de contrato y que carece de los medios materiales propios necesarios para la prestación del servicio. A juicio de este OARC / KEAO el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) El artículo 66.1 de la LCSP establece que las personas jurídicas solo 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. Este Órgano ha establecido que este requisito debe entenderse en sentido amplio para no restringir indebidamente el acceso a la licitación (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 27/2012, 85/2014 y 46/2021). Como señalan PALETA y el poder adjudicador, el objeto social de la recurrente (artículo 2º de la escritura pública de modificación de los estatutos de fecha 6 de junio de 2022) incluye la “reparación de vehículos de todo tipo y el transporte de los



mismos para repararlos”. Este objeto social es sustancialmente coincidente con la prestación principal del contrato consistente en el traslado de los vehículos retirados de la vía pública, por lo que no cabe duda de que el objeto social de PALETA le permite operar y prestar sus servicios en el ámbito del contrato al que ha presentado su oferta.

- 2) Al igual que lo manifestado en el apartado 1) anterior, la exigencia contenida en la cláusula 10.6 del PCAP de que la propuesta como adjudicatario ha de estar dada de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato no exige coincidencia total o literal del epígrafe de la actividad con el objeto del contrato. En el supuesto que nos ocupa, la adjudicataria está dada de alta en el epígrafe de transporte de mercancías que, si bien no es coincidente, sí que se refiere a una actividad relacionada, con el objeto del contrato. En cualquier caso, sería claramente desproporcionado excluir la oferta de PALETA por la falta de dicha coincidencia, cuando la empresa cumple con todos los requisitos de aptitud exigidos por la normativa (ver, en este sentido, la Resolución 36/2020 de este OARC / KEAO).

[Resolución 44/2024](#)

A este respecto, debe indicarse que la LCSP no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, por lo que la interpretación del artículo 66 de la LCSP debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa (ver, por ejemplo, las Resoluciones 27/2012 y 164/2023 del OARC/KEAO). De esta forma, constituyendo “otras actividades recreativas y de entretenimiento” una parte del objeto de la sociedad adjudicataria, debe concluirse que las prestaciones objeto del contrato (que fundamentalmente se refieren a actividades de ocio con fines socioeducativos, descritas de forma amplia como puede observarse en los apartados reproducidos más arriba) quedan incluidas dentro del ámbito de actividades de la empresa. Por otra parte, es irrelevante para el presente debate los números CNAE con los que la adjudicataria se encuentra dada de alta en el impuesto de actividades económicas, porque nada tiene que ver con la capacidad de la empresa para la prestación del



contrato o con la solvencia requerida (ver, en este sentido, la Resolución 155/2020 de este Órgano). Finalmente, ningún reproche cabe respecto a que la apreciación de que las prestaciones del contrato se encuentren comprendidas entre los fines de la actividad de la empresa se haya realizado en un segundo informe, pues este es tan válido como el primero.

3.8 Uniones temporales de empresarios

3.8.1. Objeto social de la UTE

[Resolución 57/2022](#)

Por lo que se refiere a las UTE's, que carecen de personalidad jurídica, el cumplimiento del requisito establecido en este precepto requiere que todos y cada uno de los partícipes ostente alguna relación directa o indirecta entre su objeto social y la prestación contractual (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2015 de este OARC/KEAO) y que en conjunto haya una vinculación con la totalidad de dicha prestación.

La finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, y por ende no pueda ejecutar el objeto del contrato, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre concurrencia. En todo caso el examen de su concurrencia debe realizarse teniendo en cuenta si permite o no la indicada ejecución, comparando el objeto social que figura en las escrituras de constitución y el objeto del contrato definido en el PCAP y en el PPT.

Aplicada la anterior doctrina al caso presente, y dado que en el objeto social de las participantes de "la UTE" se incluyen El mantenimiento y conservación de jardines, parques y campos de golf, por un lado, y La organización, planificación y gestión de acciones culturales, lúdicas, sociales, deportivas, educativas y comunicativas. Gestión de equipamientos y servicios, campañas de comunicación y organización técnica de actos y representación de terceros para dichas acciones, por otro, este Órgano considera, al igual que el poder adjudicador, que las prestaciones objeto del contrato más arriba indicadas quedan incluidas dentro del



ámbito de actividades de las mercantiles y, por ello, se satisface el requisito exigible. En consecuencia, debe desestimarse el alegato de la recurrente.

3.8.2 Prohibición de contratar de un miembro de la UTE

[Resolución 150/2024](#)

Es un hecho no discutido por ninguna de las partes que INV PROTECCION, S.L., una de las empresas que formaban la UTE que presentó oferta a la licitación y que en la Resolución de 28 de diciembre de 2023 fue la adjudicataria del Lote 1 del contrato, ha sido declarada en concurso voluntario de acreedores por un auto judicial publicado en el 27 de diciembre de 2023 y, aunque es debatido por las partes, consta en el expediente la Resolución, de 23 de enero de 2024, por la que se declara excluida la oferta presentada por INV PROTECCION, S.L. y se solicita al resto de los miembros de la UTE la documentación a la que se refiere el artículo 150.2 de la LCSP. A este respecto, el recurrente no impugna la improcedencia de la exclusión de INV PROTECCIÓN, con la que está de acuerdo, sino el alcance de esta decisión, ya que considera que debe afectar a la UTE en su conjunto. Este motivo de impugnación debe ser desestimado por los siguientes argumentos:

- 1) Si bien el artículo 69.8 de la LCSP dispone que Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar, este contenido se ha de considerar desplazado por lo dispuesto en el artículo 63 de la Directiva 2024/24 y la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta, sentencias el TJUE de 7 de septiembre de 2021, asunto C- 927/19, ECLI:EU:C:2021:700, de 6 de octubre de 2021, asunto C-316/21., ECLI: ECLI:EU:C:2021:837 y sentencia de 3 de junio de 2021, asunto C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445).
- 2) El artículo 63, apartado 1, párrafo segundo de la Directiva 2024/24 prevé el derecho de un operador económico a recurrir, en relación con un contrato determinado, a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas (incluidas las agrupaciones de operadores económicos), correspondiendo al poder adjudicador comprobar, en lo que a la cuestión planteada



en el recurso se refiere, si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. De ser así, podrá exigir al operador económico que sustituya a la entidad a cuyas capacidades pretende recurrir, pero que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria.

- 3) Lo expuesto en el apartado 2) anterior supone que, en contra de lo solicitado por el recurrente, no procede extender de forma automática la causa de exclusión facultativa de una de las empresas integradas en la UTE al resto de los miembros. Al aplicar los motivos de exclusión facultativa el poder adjudicador debe prestar especial atención al principio de proporcionalidad, especialmente cuando la exclusión se aplique como consecuencia de un incumplimiento achacable a una entidad a cuya capacidad se recurre (ver, en este sentido, la STJUE, de 7 de septiembre de 2021, asunto C- 927/19, ECLI:EU:C:2021:700, apartado 149 y siguientes).
- 4) Por lo que concierne al principio de igualdad de trato, este Órgano no aprecia su infracción en el supuesto que nos ocupa. En particular, el poder adjudicador excluye a la empresa que se halla incurso en una circunstancia de exclusión facultativa y decide continuar la adjudicación con el resto de miembros de la UTE, sin que exista modificación de término alguno de la oferta, y cumpliéndose los requisitos de solvencia técnica y financiera establecidos en el contrato por estas últimas empresas (ver, si bien referido al procedimiento negociado, la STJUE de 24 de mayo de 2016, asunto C-396/14, ECLI:EU:C:2016:347). Además, el hecho de que el contrato no sea ejecutado por la empresa de la UTE excluida no afecta a la situación competitiva del resto de los licitadores.



4. Procedimiento de adjudicación

4.1. Tipos de procedimientos y formas de adjudicación

4.1.1. Concurso de proyectos

[Resolución 122/2018](#)

El análisis de esta cuestión debe partir necesariamente del contenido del artículo 183.3 de la LCSP, norma aplicable al contrato impugnado y cuya literalidad es la siguiente:

Cuando el objeto del contrato de servicios que se vaya a adjudicar se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad y, cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores, a los trabajos complementarios y a la dirección de las obras, los órganos de contratación deberán aplicar las normas de esta sección.

Este precepto, a diferencia del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), sí establece claramente que las normas del concurso de proyectos deben necesariamente aplicarse para la adjudicación de contratos cuyo objeto sea uno de los descritos en él. En concreto, exige la aplicación de dichas normas cuando el objeto sea alguno de los dos siguientes:

- 1) la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad.
- 2) la contratación conjunta de la redacción de los proyectos citados en el número 1) anterior (es decir, con todas las características citadas en él, incluyendo la “especial complejidad”) y de trabajos complementarios y de dirección de las obras.

En este caso, no hay duda de que el objeto del contrato incluye la redacción conjunta de un proyecto arquitectónico y de trabajos complementarios y de dirección de la obra, como pide el supuesto expresado en el número 2 anterior. Consecuentemente, para que sea aplicable el concurso de proyectos solo restaría que el proyecto sea



especialmente complejo. El recurrente no ha aportado argumentación alguna para acreditar este requisito, a pesar de que se le debe suponer una indudable pericia en la materia y que a él le corresponde la carga de la demostración de su existencia (ver, por todas, la Resolución 101/2018 del OARC / KEAO). Por su parte, de los documentos contractuales y del resto del expediente no deduce este OARC / KEAO ninguna peculiaridad de la prestación que la cualifique con una complejidad especial respecto a otras de su mismo tipo, complejidad que, además, el poder adjudicador niega razonadamente en su informe de respuesta al recurso. Así, no hay dificultades específicas en las características de funcionalidad, seguridad o habitabilidad del edificio objeto del proyecto (ver, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Tampoco consta una problemática adicional a la inherente a cualquier proyecto y derivada de otros factores, como la especial dificultad de la normativa sectorial o urbanística aplicable, la innovación u originalidad exigida, u otras consideraciones técnicas (medioambientales, culturales...). Por todo ello, el motivo de impugnación debe desestimarse.

[Resolución 181/2018](#)

Este Órgano no puede compartir la interpretación que realiza el poder adjudicador del artículo 185.3 de la LCSP consistente en que la posibilidad de limitar el número de participantes mediante fases permite que la presentación de las propuestas se pueda hacer de forma no anónima. Y ello, por dos razones fundamentalmente, a saber: (i) porque como se ha expresado con anterioridad, una de las características fundamentales de este régimen de contratación especial radica en el anonimato de las proposiciones hasta la emisión del Dictamen, que en la sub-fase de presentación de los proyectos establecido en los pliegos de la licitación no se ha emitido aún y (ii) no son aplicables al presente caso, ni la Resolución 23/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ni las licitaciones propuestas por el poder adjudicador como similares, ya que se refieren a casos muy concretos de igualdad de los tres últimos licitadores y a la posibilidad de que el jurado solicite aclaraciones a los participantes sobre alguno de los aspectos del proyecto, circunstancia que también es permitida por la LCSP en su artículo 187.7, y que nada tiene que ver con la obligatoria ponencia presencial planteada por los pliegos del Ayuntamiento de Llodio en la que no se plantea aclarar ningún aspecto de los



proyectos sino valorarlos (hasta un máximo de 20 puntos) en función de su fundamentación, coherencia e idoneidad. Es decir, esta segunda fase puede ser absolutamente decisoria en la resolución del concurso -de hecho lo será, salvo que alguno de los tres proyectos obtenga en la primera fase una ventaja de más de 20 puntos- y la decisión del Jurado que, conoce de antemano a los autores de los proyectos, puede verse comprometida en su imparcialidad contraviniendo, de esta forma, la norma reguladora en la materia que exige su presentación de forma anónima; anonimato que habrá de mantenerse hasta que el Jurado emita su dictamen o decisión (artículo 187.6 LCSP).

[Resolución 70/2019](#)

Lo que el PCAP denomina FASE I se configura como un concurso de ideas en el que, tal y como está configurado el procedimiento, se respeta el anonimato de los candidatos hasta la emisión del dictamen o decisión por el jurado (artículo 187.6 de la LCSP), que en este caso consiste en la selección, de entre todas las candidaturas presentadas, de las cinco mejores ideas o propuestas de proyectos de construcción. El desvelamiento de la identidad de los candidatos se efectúa tras la emisión del dictamen, mediante la apertura del sobre “A” Documentación Administrativa para calificar la capacidad y la solvencia, por lo que se cumple la finalidad que se persigue con esta forma de adjudicación, que es la de buscar la mayor transparencia y objetividad en la decisión, ya que la valoración de las ideas o propuestas de proyectos conforme a los criterios de adjudicación ha sido realizada ya por el Jurado respetando el anonimato de aquéllos. Por el contrario, dicha garantía de anonimato no es necesaria para la adjudicación del contrato de servicios, definido como FASE II en el PCAP, consistente en la redacción del proyecto de ejecución del centro polideportivo que se corresponde con el procedimiento.

(...)

La recurrente denuncia que en la denominada FASE II se asigna al criterio de adjudicación Precio 20 puntos, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 184.3 de la LCSP que exige que la valoración de las propuestas de los concursos de proyectos se refiera a la calidad de las mismas, y sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales.



Este argumento debe ser desestimado. La recurrente considera que el criterio de adjudicación Precio se refiere propiamente al concurso de proyectos, cuando del procedimiento diseñado en el PCAP se desprende que se corresponde con la contratación del servicio que de redacción del proyecto básico y de ejecución del nuevo polideportivo de Lasarte-Oria. El Anexo I del PCAP distingue los criterios de adjudicación de la Fase I, todos ellos relativos a la calidad conforme al artículo 184.3 de la LCSP (apartado A.I.4.F1 del Anexo I al PCAP) de los de la Fase II (apartado A.I.4.F2 del Anexo I al PCAP), esto es, los relativos al contrato de servicios. Es decir, los potenciales licitadores conocen de antemano por cada una de las fases en las que se divide el procedimiento, los criterios de adjudicación, su valoración y ponderación, de tal forma que se cumple con los principios de publicidad y transparencia que deben exigirse a los procedimientos de contratación.

Además, los criterios de adjudicación señalados en el pliego para el contrato de servicios (Fase II) respetan lo dispuesto en los apartados 3, letra g) y 4 del artículo 145 de la LCSP en lo referente a que el criterio precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación y, como prestación intelectual que es, a que los criterios relacionados con la calidad deben suponer, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. En concreto, el criterio precio supone el 20 por ciento de la puntuación total por lo que no existe vulneración alguna del articulado de la Ley.

[Resolución 64/2022](#)

El concurso de proyectos es un procedimiento competitivo que permite al poder adjudicador adquirir planes o proyectos, principalmente en los ámbitos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura y la ingeniería o el tratamiento de datos; dichos planes o proyectos deben ser seleccionados por un jurado especializado integrado por personas físicas independientes después de haber sido objeto de una licitación, con o sin concesión de premios. En lo que a la cuestión suscitada en el recurso se refiere el artículo 187 de la LCSP establece como requisito necesario que los proyectos sean presentados al Jurado de manera anónima y añade en su apartado sexto que deberá respetarse el anonimato hasta que el jurado emita su dictamen o decisión, lo cual es lógico y coherente con el objeto de buscar la mayor transparencia y objetividad en la decisión, la cual se vería comprometida de conocerse la identidad



de los participantes. Consecuentemente, lo que se pretende preservar es la objetividad de la decisión del Jurado, siendo el anonimato de los candidatos el instrumento arbitrado a tal efecto. De esta manera, este Órgano ha considerado contrario a la obligación de anonimato, por entender que se vería comprometida la imparcialidad de la decisión, las bases de un procedimiento que prevén en una segunda fase una ponencia presencial para defender su proyecto ante el Jurado por parte de los tres candidatos seleccionados de la primera fase (ver, en este sentido, la Resolución 181/2018 de este OARC / KEAO).

a) Sobre la infracción del anonimato

El debate se centra en si la constancia de un dato de carácter personal (nombre y apellidos) en las propiedades de uno de los archivos digitales presentados por la solución que finalmente ha resultado ser la ganadora del concurso, pero que identifica a una persona diferente a los candidatos ganadores, significa la vulneración de la obligación de anonimato que pesa sobre todos los participantes en el procedimiento. Este Órgano considera que, en el supuesto que nos ocupa, la respuesta es negativa por las siguientes razones:

- 1) Los datos de carácter personal que figuran en las propiedades del documento pdf. no identifican de forma directa ni indirecta a ninguno de los autores del proyecto ganador. No existe identificación directa porque ni se alega, ni se acredita que se trate de una persona física que tenga una relación directa, bien como socio o como trabajador, con alguna de las sociedades que agrupadas en unión temporal de empresarios son los autores del proyecto ganador. En este sentido, los datos que figuran en los metadatos del archivo no identifican ni revelan la identidad del autor porque, tal y como reconocen todas las partes, dichos datos no se corresponde con los autores del proyecto ganador ni con su personal. En resumen, la identidad de quien figura en los metadatos del archivo no da a conocer al autor del proyecto ganador. Tampoco existe identificación indirecta por el hecho de que quien figura en los metadatos desarrolle su actividad principalmente a través de una mercantil que ha mantenido una relación profesional en el pasado con uno de los autores del proyecto ganador, consistente en presentarse a una licitación agrupados en UTE, porque (i) el



recurrente identifica una única relación profesional entre la empresa vinculada a quien figura en los metadatos y uno de los autores y no una colaboración habitual y constante en el tiempo que pudiera revelar un vínculo entre ambos y (ii) se trata de un nexo remoto que requiere de varios pasos intermedios para concluir la existencia de un vínculo, como son el relacionar a la persona física con una determinada empresa y a su vez a ésta con uno de los autores del proyecto. También se ha de descartar que la vinculación indirecta pudiera darse en la ejecución del contrato de servicios que “podrá” adjudicarse al ganador del concurso para desarrollar su proyecto, ya que la base 7.1 desecha la posibilidad de que se puedan subcontratar o ceder los trabajos de redacción de proyecto y dirección de obra en los siguientes términos: El equipo ganador del concurso y adjudicatario/a posterior del contrato de redacción de proyecto y dirección de obra, no podrá ceder ni subcontratar tales trabajos de redacción de Proyectos y Dirección de obra.

- 2) A lo expresado en el número 1) anterior se suma que el candidato ganador ha presentado su oferta siguiendo las instrucciones que figuran en las bases de la convocatoria para preservar el anonimato de las candidaturas. A este respecto, resulta relevante que, en lo que se refiere a la preservación del anonimato en la presentación electrónica de la oferta, la única obligación que imponen las bases de la convocatoria a los candidatos es la de que se pongan en contacto “necesariamente” con la plataforma de contratación (bases 16 y 17.2), sin que conste obligación alguna respecto a la información que debe figurar en los metadatos de los ficheros. Ello contrasta con las instrucciones que figuran para la presentación física de los paneles (base 17.3), en las que consta la obligación destinada a los candidatos de que no figure en los presentados sello o ficha adhesiva con el nombre del remitente, ni dato alguno que pueda revelar su identidad .
- 3) La causa que habilita al Jurado para la exclusión de los candidatos según la base 7.2 del concurso es la del Quebrantamiento de la obligación de mantener el anonimato de las propuestas, especificando en paréntesis que tal quebrantamiento se efectúa desvelando la autoría de la misma por cualquier medio o por presentar elementos gráficos identificativos de la identidad del autor de la propuesta. A la vista de los especificado en los números anteriores, esta causa de exclusión no concurre



en el supuesto analizado, pues los datos identificativos no se corresponden con los autores del proyecto, ni con personal dependiente de ellos. Finalmente, tampoco se corresponden con personal que vaya a participar en el desarrollo del proyecto y su ejecución porque la cesión o subcontratación de estas tareas no está permitida en los pliegos.

- 4) Finalmente, cabe descartar la exclusión propugnada por el recurrente por desproporcionada. Téngase en cuenta que no nos hallamos ante una infracción material de la obligación de no desvelar ni de forma directa ni indirecta al autor o autores del proyecto. En el supuesto que nos ocupa, se observa que los datos identificativos no se hallan visibles, únicamente se pueden visualizar si se accede a una función concreta del fichero que se halla en formato pdf., que no es una operación que deba realizarse para examinar la información contenida en el soporte electrónico, ni es una función normalmente conocida a nivel de usuario básico, y son datos identificativos de una persona física ajena a los autores del proyecto ganador.

4.1.2. Acuerdo Marco

[Resolución 106/2018](#)

El acuerdo marco es el suscrito entre uno o varios órganos de contratación del sector público con una o varias empresas en el que se definen los términos y las condiciones conforme a los cuales pueden realizarse adquisiciones específicas durante su vigencia (art. 219 LCSP). Se caracteriza porque mientras está vigente una relación contractual de tracto sucesivo, se suceden múltiples relaciones contractuales secundarias derivadas de la primera.

En lo que a la cuestión planteada en el recurso interesa, resulta relevante señalar que bajo el término de “acuerdo marco” la LCSP contempla dos situaciones diferentes: acuerdos en los que se fijan todos los términos (art. 221.4.a) LCSP) y aquellos en los que no se fijan todos los términos (art. 221.4.b) LCSP), lo que significa que algunas



de las estipulaciones contractuales deben ser concretadas más adelante, en el contrato basado en el acuerdo marco⁸.

El órgano de contratación goza de amplia libertad para definir la estructura y contenido de los acuerdos marco y la LCSP no precisa qué se debe entender por “términos del acuerdo marco” ni qué contenido mínimo han de tener éstos, no obstante, el artículo 220.1 de la LCSP, dispone que su celebración se efectúe conforme a las normas de procedimiento establecidas en las secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro segundo (artículos 115 a 187), lo cual exige que, además de que se respeten las reglas habituales aplicables al procedimiento de adjudicación elegido, sobre todo, en materia de publicidad, plazos, criterios de exclusión, de selección y de adjudicación⁹, en lo que a la cuestión planteada en el recurso importa, se establezca el marco de las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación.

El artículo 221 de la LCSP posibilita que no todos los términos de los contratos basados se fijen en el acuerdo marco, si bien según su apartado 5 la selección del contratista a efectuar en el contrato basado debe efectuarse en los mismos términos especificados en el acuerdo marco, si es necesario precisándolos, y, si llega el caso, en otros términos previstos en el pliego de contratación del acuerdo marco los cuales se han de concretar con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado. No obstante, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco (art. 222.1 LCSP). Consecuentemente, el artículo 221 de la LCSP no habilita a que se realice una definición genérica de lo requerido en el acuerdo marco y a que la práctica totalidad de las condiciones del contrato, y en particular de su objeto, se definan en la fase posterior, esto es, en el contrato basado.

Esto último es la circunstancia que a juicio de este OARC/KEAO concurre en el acuerdo marco que nos ocupa, en el que se define el objeto de su lote 6 en referencia a una relación de distintos tipos de gases (balas de nitrógeno, aire sintético, helio, hidrógeno, argón y nitrógeno líquido), sin ninguna especificación ni prescripción

⁸ Apartado 1.1 del Documento CC/2005/03_rev “Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica”, de 14 de julio de 2005

⁹ Apartado 2.1 del Documento CC/2005/03_rev “Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica”, de 14 de julio de 2005



técnica adicional, en particular, ninguna referencia a las características generales de los bienes requeridos, como la calidad mínima de los productos, una estimación sobre consumos o una mínima referencia a la forma de entrega de los bienes. Esta conclusión se ve reforzada por el dato de que la selección de los licitadores se efectúa únicamente sobre la base de la acreditación de la solvencia económica y financiera (cláusula 10 del PCAP) y no sobre la base de criterios de adjudicación del acuerdo marco, lo cual es consecuente con el contenido de los pliegos, ya que, si no se ha establecido término o condición alguna no es posible basar en ellos la celebración del acuerdo marco; es decir, no hay un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, lo que contradice la misma naturaleza del acuerdo marco.

El poder adjudicador alega la cláusula 18 del PCAP, relativa a la adjudicación y formalización de los contratos específicos, como aquella en la que se fijan de forma definitiva las determinaciones y concreciones de lo que realmente se contratará. Conforme a esta cláusula, la concreción del precio, plazo, precios unitarios de los fungibles a suministrar y sus unidades se efectuará en el contrato basado en el acuerdo marco. Siendo ello correcto, lo cierto es que en el caso que nos ocupa previamente no se ha fijado el marco en el que las empresas seleccionadas competirán entre ellas. En concreto, no hay precios unitarios ni plazos ni condiciones de ejecución o de calidad que mejorar y no hay certeza de que todas las empresas seleccionadas puedan suministrar los bienes solicitados.

En relación a esta cuestión este OARC/KEAO no puede por menos que hacer referencia a los riesgos que para la salvaguarda de la libre competencia suponen unos pliegos que, además de no realizar una estimación de consumos, no exigen que se presenten unos precios iniciales que, a modo de precios máximos, puedan ser objeto de mejora en los contratos basados en los términos del contrato marco que se liciten en el futuro o sobre los que proponer sustituciones en el marco del artículo 222.2 de la LCSP. Téngase en cuenta que, mediante el acuerdo marco se cierra el mercado de la compra de dichos productos durante un periodo de tiempo (en este caso la cláusula 5 del PCAP es contradictoria pues de un lado señala que el plazo será desde el 1 de julio de 2018 hasta el 30 de junio de 2022, con posibilidad de prórroga, y por otra que el período inicial y las posibles prórrogas serán de cuatro años), lo cual aumenta el riesgo de colusión entre los participantes al crear un circuito cerrado de licitaciones



durante un tiempo determinado sin sujeción previa a ningún término o condición contractual.

A juicio de este OARC/KEAO la cláusula denunciada incumple las disposiciones del art. 204.1 de la LCSP en varios aspectos: (i) se refiere a la modificación de unos términos del acuerdo marco que no se han precisado (p. ej. no figura condición alguna sobre el tamaño), (ii) no aporta precisión alguna, por ser extremadamente escueta (modificarse las características en aspectos no esenciales) e implica que el poder adjudicador puede suprimir o sustituir los bienes objeto del acuerdo marco unilateralmente y sin justificación alguna. Todo ello supone que, de hecho, la ejecución de los contratos basados quede al albur de una decisión que el poder adjudicador puede tomar arbitrariamente, es decir, sin sujetarse a regla o límite alguno más allá de una genérica mención a “si las circunstancias a juicio de POLYMAT, así lo requieren”, en flagrante contradicción con el artículo 204.1.b) que exige que los candidatos y licitadores puedan prever el alcance exacto de la modificación prevista (ver, en este sentido, la Resolución del OARC/KEAO 52/2017), (iii) habilita al poder adjudicador a realizar cualquier clase de modificación, sustancial o no, ya que unilateralmente puede suprimir fungibles o sustituir unas clases por otras sin límite alguno, lo cual resulta contrario al artículo 222 de la LCSP y a los principios generales que rigen la contratación pública, en especial los de igualdad de trato y transparencia, que deben respetarse no sólo en el procedimiento de adjudicación sino también durante la ejecución del contrato y hasta que ésta finalice (ver en este sentido, Resolución 101/2016 de OARC / KEAO), y, finalmente, (iv) no especifica las circunstancias objetivas que habilitan la modificación del acuerdo marco.

El procedimiento para la licitación de los contratos basados en el acuerdo marco se regula en el artículo 221.6) de la LCSP, cuya letra e) dispone que dichos contratos se adjudicarán al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, valorada según los criterios fijados en el acuerdo marco. Consecuentemente, lleva razón el recurrente al considerar que no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado sino que todos los criterios deben estar predeterminados en el acuerdo marco, sin perjuicio de que el criterio “plazo de



ejecución” pueda ser precisado en el contrato basado, como por ejemplo que se solicite su oferta en horas, días o meses.

[Resolución 3/2019](#)

AIR LIQUIDE estima que el hecho de que en los contratos basados se puedan valorar todos o algunos de los conceptos valorados en el Acuerdo Marco, pudiendo ser las ponderaciones distintas (ver la cláusula 39, citada en la letra a) anterior), supone facultar al poder adjudicador para alterar los términos del Acuerdo Marco en detrimento de la seguridad jurídica y de los principios rectores del proceso de selección de las ofertas. Este motivo de recurso es similar a uno de los analizados por este OARC / KEAO en su Resolución 106/2018; en ella se señalaba que la licitación de los contratos basados se regula en el artículo 221.6) e) de la LCSP, que dispone que se adjudicarán a la empresa que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP, valorada según los criterios fijados en el Acuerdo Marco. Consecuentemente, la impugnación debe aceptarse, pues no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado, sino que todos ellos (y su ponderación, exigida en el artículo 145 al que se remite el 221.6) deben estar predeterminados en el Acuerdo Marco.

[Resolución 196/2023](#)

A juicio de este OARC/KEAO no existe duda de que la cláusula impugnada infringe el límite temporal de vigencia para los acuerdos marco establecido en el artículo 219 LCSP y que es de cuatro años, por lo siguiente:

- 1) La literalidad de la cláusula establece que El acuerdo marco podrá ser prorrogado antes de finalizar su vigencia por 2 años, sin que el plazo total, incluidas las prórrogas, pueda exceder de cinco años, por lo que la infracción legal es evidente y no requiere de más explicaciones; por otro lado, no consta en el expediente justificación alguna sobre la excepcionalidad del caso que permitiese exceder de los 4 años legalmente establecidos.



- 2) Este Órgano entiende por las explicaciones dadas en el informe de contestación al recurso que lo que el órgano de contratación pretendía era establecer el plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas, para el contrato basado, circunstancia perfectamente admisible por la legislación contractual (artículo 29.1 de la LCSP), pero que no ha sido correctamente reflejada en la cláusula impugnada.

Por todo ello, se estima el motivo impugnatorio y la cláusula ha de ser anulada

4.1.3. Procedimiento negociado

[Resolución 83/2019](#)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.4 a) de la LCSP, en el expediente debe justificarse la elección del procedimiento de adjudicación. A diferencia de lo que sucede en los procedimientos restringidos (salvo para los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento) y abiertos, que son de utilización ordinaria, este requisito es en este caso fundamental, pues los preceptos que facultan acudir al procedimiento negociado sin publicidad previa deben interpretarse de manera estricta, evitando que su contenido termine aplicándose a supuestos no claramente comprendidos en ella, y la concurrencia de los requisitos necesarios debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda aplicar este procedimiento (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, asunto C-385/02, ECLI:EU:C:2004:522, de 14-9-2004, apartado 19, y las que en ella se citan, así como las Resoluciones 106/2014 y 162/2018 del OARC / KEAO). En sentido análogo, el Considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece, entre otras cosas, que se trata de un procedimiento reservado a circunstancias muy excepcionales, limitadas a los casos en los que la publicación no es posible, como cuando está claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato, debiendo especificarse por qué no hay otras alternativas a este procedimiento; cuando la exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular (por ejemplo, que solo un concreto operador puede alcanzar los resultados necesarios, o la necesidad de usar recursos al alcance



de una única empresa), especificando tanto dichas razones técnicas como que estas hacen absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada (ver la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2005, C-394/02, ECLI:EU:C:2005:336, apartado 34, y las que en ella se citan).

Aplicada la citada doctrina al caso planteado, este Órgano entiende, por las razones que se exponen a continuación, que no está fundada la elección del procedimiento negociado sin publicidad previa, por lo que el motivo de impugnación debe aceptarse:

1) La argumentación del poder adjudicador se basa, en primer lugar, en que GE ha justificado documentalmente sus derechos exclusivos sobre el objeto del contrato. Esta justificación es una declaración de la propia GE, que se atribuye a sí misma la condición de único representante autorizado en España por el fabricante, para la comercialización, instalación y mantenimiento de todos los productos de GE Healthcare Europe. Sin perjuicio de si dicha autorización es o no estrictamente necesaria para la correcta ejecución del objeto del contrato (extremo que no se acredita), e incluso de si es o no compatible con el derecho de la competencia (ver, por ejemplo, el artículo 2.2 c) de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia), lo cierto es que se trata de un documento que difícilmente puede tener valor probatorio alguno frente a terceros. Además, aunque el resto de su contenido señala varios aspectos que podrían ser relevantes para la ejecución de la prestación e incluso que podrían hipotéticamente hacer ventajosa una posible oferta de GE (capacidad y formación técnica del personal, disponibilidad de herramientas avanzadas, aplicación de procedimientos específicos recomendados por el fabricante, sistema logístico, etc.), no se justifica que concurran únicamente en dicha empresa ni mucho menos que obliguen inexcusablemente a adjudicar el contrato sin promoción de concurrencia; por el contrario, son aspectos que pueden incluirse en las diferentes fases de un procedimiento con publicidad (requisitos de solvencia, criterios de adjudicación...) o en el clausulado del contrato (prescripciones técnicas, condiciones de ejecución...).

2) El otro motivo alegado por Osakidetza es la complejidad técnica de los equipos; sin embargo, esta condición no implica, por sí sola, que la prestación solo pueda ejecutarse por un único empresario; además, deben aportarse explicaciones detalladas que demuestren la necesidad de recurrir a dicho único empresario (ver, por



ejemplo, los apartados 21 y 22 de la sentencia C-385/02, antes citada), lo que el poder adjudicador no ha hecho.

[Resolución 154/2022](#)

- 1) No son objeto de discusión en el presente recurso las razones que justifican la inexistencia de competencia por razones técnicas, las cuales se explicitan en la propia Memoria. Sin embargo, en lo que sí existe controversia es en lo relativo a la protección de derechos exclusivos que la recurrente niega correspondan a la adjudicataria. En efecto, VIATOR afirma en el escrito de recurso que la adjudicataria no dispone de los derechos exclusivos de representación de la marca SIG SAUER. Esta afirmación ha sido acreditada por la recurrente en el periodo de prueba abierto al efecto con la aportación del contrato de representación entre SIG SAUER y VIATOR, en el que se señala que esta última se encuentra autorizada a ser agente de la compañía fabricante ante las agencias (instituciones) gubernamentales. Asimismo, en la carta “actualizada” suscrita por la fabricante se indica que la recurrente es la única distribuidora autorizada a contratar con todas las entidades gubernativas del Estado español.
- 2) En consecuencia, es evidente que, al margen de los concretos ámbitos o mercados en los que ambos distribuidores autorizados puedan actuar, lo cierto es que, en la fecha de aprobación de los pliegos de la presente licitación la recurrente podía optar al contrato, lo cual hace inaplicable el apartado a) del punto segundo del artículo 168 de la LCSP por razones de protección de derechos exclusivos y, por tanto, han de anularse todas las actuaciones del expediente de contratación desde sus inicios hasta la resolución de adjudicación.

4.1.4 Diálogo competitivo



[Resolución 97/2022](#)

De acuerdo con el artículo 116.4 a) de la LCSP, en el expediente deberá constar la justificación de la elección del procedimiento de licitación. Este OARC / KEAO ya ha señalado (ver su Resolución 106/2014) que la concurrencia de los requisitos necesarios para aplicar un procedimiento de adjudicación “extraordinario” de los mencionados en el segundo inciso del apartado 1 del artículo 131 de la LCSP debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda utilizarlo (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). El procedimiento de diálogo competitivo es uno de dichos procedimientos extraordinarios, y se regula en los artículos 172 a 176 de la LCSP; en particular, el artículo 172.3 de la LCSP establece que el procedimiento de diálogo competitivo podrá utilizarse en los casos enumerados en el artículo 167 de la misma Ley.

A la vista de lo expuesto en el párrafo anterior, este Órgano entiende que se ha justificado suficientemente la aplicación del procedimiento de diálogo competitivo y su inclusión en los supuestos legalmente previstos, por lo que el motivo de recurso debe desestimarse. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) Según el informe que consta en el expediente, la necesidad que pretende satisfacerse con el contrato impugnado es la de avanzar en la construcción industrializada de vivienda social. La adopción de ese modelo constructivo industrializado supone claras diferencias respecto a los modelos tradicionales de construcción de vivienda de promoción pública emprendidos por VISESA, por lo que se requiere analizar previamente cuál es la solución técnica más adecuada. Además, la investigación desarrollada durante el diálogo competitivo ofrecerá información valiosa para elaborar el Libro Blanco de la Vivienda Social Industrializada.
- 2) Debe recordarse que la peculiaridad de este procedimiento es su división en dos fases: en primer lugar, se desarrolla una fase de diálogo del poder adjudicador con los candidatos seleccionados para determinar una o varias soluciones técnicas que pueden satisfacer las necesidades que justifican el



contrato (artículo 172.1 de la LCSP); en segundo lugar, una vez efectuada dicha determinación y cerrada la fase de diálogo, se abre otra para que los participantes cuyas soluciones se hayan adoptado presenten sus ofertas definitivas (artículo 175.5 de la LCSP).

- 3) El esquema procedimental expuesto en el apartado 2) anterior hace que el diálogo competitivo sea especialmente apropiado para “aquellos casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado” (Considerando 42 de la Directiva 2014/24/UE). Ése es precisamente el caso analizado, en el que el poder adjudicador tiene claras sus necesidades, pero no la solución técnica y financiera más adecuada para satisfacerlas.
- 4) A juicio de este Órgano, de los apartados 1) a 3) anteriores se deduce que las razones aducidas por VISESA para justificar el procedimiento impugnado tienen encaje, al menos, en una de las causas previstas en el artículo 167 de la LCSP, concretamente la imposibilidad de establecer con precisión las especificaciones técnicas del contrato por referencia a norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en la LCSP (ver, por ejemplo, el artículo 126.5 de la LCSP).
- 5) Por otro lado, el OARC / KEAO entiende que las anteriores consideraciones no se ven desmentidas por las alegaciones del recurrente:
 - No es aceptable que el COAVN pretenda sustituir la discrecionalidad técnica que le asiste para decidir si sus objetivos institucionales o estratégicos deben satisfacerse mediante contratos públicos, por medio de subvenciones u otras actuaciones o por una combinación de todas ellas. En especial, no cabe que formule una alegación en ese sentido sin aportar ninguna prueba o argumento de que VISESA esté sobrepasando los límites de dicha discrecionalidad (prohibición de la arbitrariedad, respeto a los principios generales y al fondo reglado de la potestad, etc.) y sin explicar por qué los otros medios que invoca son más adecuados u oportunos.



Análogo reproche se puede formular a la alegación de que VISESA podría optar por un procedimiento de adjudicación previo, independiente de posteriores licitaciones, para concretar el sistema constructivo más adecuado.

- Como bien señala el poder adjudicador, que el grado de industrialización de las propuestas se valore con un máximo de 11 puntos porcentuales no desmiente los motivos alegados para acudir al diálogo competitivo, pues el COAVN parte de la base errónea de que en el resto de los criterios de adjudicación y demás prescripciones de la documentación contractual no se atiende al objeto del contrato solo porque no se menciona expresamente dicho grado de industrialización; en cualquier caso, debe indicarse que el criterio de adjudicación con mayor peso relativo en la evaluación de las ofertas (32 puntos) es la “Propuesta arquitectónica y de industrialización”.
- El argumento de que es incoherente acudir al diálogo competitivo por la imposibilidad de comparar los distintos procedimientos de ejecución industrializada porque luego se van a comparar y elegir las ofertas de los finalistas del procedimiento ignora que, precisamente, esa es la base de este procedimiento extraordinario y, como se ha señalado anteriormente, lo que lo convierte en adecuado al caso.
- No hay ninguna razón para entender que, “a priori”, el procedimiento impugnado sea susceptible de limitar la competencia o fomenta la creación de cárteles; de hecho, el recurso no aporta argumento alguno en este sentido, más allá de la mera cita del caso del expediente S/048/13 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuyo interés para dilucidar las cuestiones debatidas no se explicita.

4.1.5. Contratación conjunta de proyecto y obra

[Resolución 97/2022](#)



Las alegaciones del recurso contra la contratación conjunta del proyecto y la obra deben desestimarse por los motivos que a continuación se exponen:

- 1) El artículo 13.1 a) de la LCSP considera contrato de obras, entre otros, los que tienen por objeto la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto (ver, en el mismo sentido, las letras a) y b) del artículo 2.1.6 de la Directiva 2014/24/UE). Por su parte, el artículo 234.1 de la LCSP establece que la contratación conjunta de proyecto y obra es excepcional y solo puede tramitarse cuando concorra alguna de las circunstancias que se citan en las letras a) y b) de dicho precepto. Como señala el poder adjudicador, esta regulación, incluida en la Sección primera (Actuaciones preparatorias del contrato de obras) del Capítulo I (Del contrato de obras) del Título II (De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas) del Libro II (De los contratos de las Administraciones Públicas) de la LCSP no es aplicable a los contratos de obra que vayan a celebrar los poderes adjudicadores que, como VISESA, no tienen la condición de Administración Pública. Asimismo, el Considerando 8 de la Directiva 2014/24/UE establece que "...dada la diversidad que presentan los contratos públicos de obras, es conveniente que los poderes adjudicadores puedan prever tanto la adjudicación por separado como la adjudicación conjunta de los contratos para el proyecto y la ejecución de las obras", para concluir que la citada Directiva "no pretende imponer una adjudicación separada o conjunta".
- 2) De lo expuesto en el apartado 1) anterior se deduce que, a falta de la preferencia por la contratación separada de proyecto y obra que el legislador nacional sí ha establecido expresamente para los contratos administrativos, ni la LCSP ni la Directiva 2014/24/UE consideran que la citada contratación conjunta sea excepcional o esté sujeta a la concurrencia de circunstancias específicas cuya existencia deba justificarse en el caso de los contratos privados de obra, como el que nos ocupa.
- 3) Consecuentemente, la opción tomada en este caso por el poder adjudicador no tiene más límites que los que constriñen la discrecionalidad técnica de la que, en general, dispone para configurar el objeto del contrato de la forma que entienda más adecuada para la satisfacción del interés general, en particular,



la decisión no puede infringir el fondo reglado de la citada potestad discrecional y los principios generales de la LCSP, particularmente los de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia (ver, por ejemplo, la Resolución 94/2019 del OARC / KEAO). Debe señalarse que la existencia de estas infracciones debe alegarse y acreditarse por el recurrente, lo que, a juicio de este Órgano, no ha hecho.

- 4) Este Órgano estima que no pueden considerarse como extralimitaciones del ejercicio de la discrecionalidad las alegadas por el recurrente que, en realidad, tan solo busca sustituir la estructura del contrato por otra que le sea más favorable, una aspiración que no es aceptable (ver, por ejemplo, la Resolución 139/2019 del OARC / KEAO). En este sentido, no se explica cómo o por qué la contratación conjunta puede restringir la independencia de criterio de los profesionales de la arquitectura ni por qué la garantía de dicha independencia es un bien cuya garantía deba pasar por encima de necesidades del poder adjudicador debidamente acreditadas. Por otro lado, la posible restricción de la concurrencia para los arquitectos sin relación con empresas constructoras o fabricantes de sistemas puede paliarse por los medios legalmente previstos (concurrencia como unión temporal de empresas, integración de la solvencia, etc.), además de ser, en todo caso, un efecto natural del propio diseño del contrato, que solo puede considerarse antijurídico si es arbitrario, lo que no se ha probado.
- 5) Finalmente, este Órgano estima que VISESA ha acreditado suficientemente que la elección de la contratación conjunta responde a razones atendibles, sin que pueda apreciarse arbitrariedad alguna ni que el diseño del contrato obedezca a la intención de perjudicar al colectivo que defiende el recurrente sin razón proporcionada suficiente. Así, se alegan motivos que fundamentan el acto impugnado, como la imposibilidad de separar el proyecto y el proceso constructivo o la necesidad de que en todas las fases de la construcción industrializada colaboren todos los agentes de la edificación para evitar disfunciones en la ejecución del contrato.



[Resolución 004/2023](#)

En síntesis, el recurrente alega que no se entienden justificados los aspectos técnicos indicados en los pliegos como elemento diferenciador que avale al Ayuntamiento de Sestao para la contratación conjunta del proyecto constructivo y la obra.

A la vista de las alegaciones de las partes y de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la impugnación, las cuales conducen a su desestimación por los motivos que se exponen a continuación:

- 6) El artículo 234.1 de la LCSP establece que la contratación conjunta de proyecto y obra es excepcional y solo puede tramitarse cuando concurra alguna de las circunstancias que se citan en las letras a) y b) de dicho precepto, debiendo ser su justificación, además de técnica, referida a alguno de los supuestos taxativamente previstos y constar en el expediente de modo previo a la licitación.
- 7) En el supuesto que nos ocupa, analizado el expediente remitido se observa que la contratación conjunta:
 - (i) Se justifica en el propio pliego y en informe al efecto, de modo, pues, previo a la publicación de la licitación.
 - (ii) Se ampara en uno de los supuestos legales previstos, el recogido en el artículo 234.1 a) de la LCSP (motivos de orden técnico que obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras).
 - (iii) Las circunstancias aducidas por el poder adjudicador están ligadas al destino y a las técnicas de ejecución de la obra. En este sentido, se señala que problemas geotécnicos particulares del lugar hacen que los técnicos intervinientes en el proyecto deban estar excepcionalmente coordinados, pues la



rareza de la patología requiere de soluciones poco comunes que requieren de un seguimiento de obra particularmente estrecho.

- (iv) El contenido de los pliegos es coherente con la justificación aportada; así, se trata de una prestación que requiere el dominio de técnicas geotécnicas especiales para la ejecución de la obra (la cual incluye estudios y actuaciones geotécnicas para la solución de problemas existentes, así como la propuesta de soluciones alternativas y de “mejora del suelo” por parte de los licitadores), hasta el punto de que se exige un certificado de clasificación muy específico (Grupo K) Especiales, subgrupo 1, Cimentaciones especiales).
- 8) De lo expuesto en el apartado 2) anterior se deduce que el expediente contiene un amplio y consistente esfuerzo argumentativo para exponer las peculiaridades técnicas del contrato que fundamentan la opción por la contratación conjunta. Por el contrario, las alegaciones del recurrente no desvirtúan la posición del poder adjudicador. Así, las afirmaciones de que la contratación de un equipo de profesionales de la arquitectura en lugar de una empresa constructora o de que la especificación de las técnicas constructivas en el proyecto en lugar de en la oferta del contratista garantizarían mejor la calidad de la obra además de no acreditadas, son insuficientes por genéricas. Téngase en cuenta que este argumento, totalmente desvinculado del caso concreto, serviría para descalificar cualquier contrato conjunto de obra y proyecto, cuando este sistema está aceptado por la LCSP y puede ser elegido por los poderes adjudicadores, por mucho que su empleo sea excepcional. Tampoco es aceptable la descalificación de las peculiaridades técnicas del terreno como base de la justificación (las cuales encajan claramente dentro de los “motivos de orden técnico” a los que se refiere el artículo 234.1 a) de la LCSP).
- 9) Por otro lado, la posible restricción de la concurrencia para los arquitectos sin relación con empresas constructoras puede paliarse por los medios legalmente previstos (concurrencia como unión temporal de empresas, integración de la solvencia, etc.), además de ser, en todo caso, un efecto consustancial al propio



diseño del contrato (como lo es también la supuesta pérdida de independencia profesional de los arquitectos), que solo puede considerarse antijurídico si es arbitrario, lo que, como se ha indicado, no se ha probado.

4.2. Publicidad

4.2.1. Plan de contratación y anuncio previo

[Resolución 152/2022](#)

La recurrente alega que la licitación infringe el artículo 28.4 de la LCSP, referido a la programación de la actividad contractual de las entidades del sector público y que establece que dichas entidades darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 de la LCSP que, al menos, recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El anuncio de información previa recogido en el artículo 134 de la LCSP tiene carácter voluntario para el poder adjudicador, tal y como se deduce claramente de la literalidad de la norma nacional (“...podrán publicar...”) y del artículo 48 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública (“...podrán dar a conocer...”) y como confirma expresamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 26/9/200, asunto C-225/98, ECLI:EU: C: 2000:494, apartados 27 a 45. Consecuentemente, la ausencia de anuncio previo no implica la invalidez del contrato impugnado ni tampoco la concesión de plazo adicional para la presentación de ofertas; con menos motivo se puede atribuir virtualidad invalidante a la falta de coincidencia entre el anuncio previo y los términos del posterior anuncio de licitación (artículo 135 de la LCSP), pues solo el segundo expresa la voluntad contractual definitiva del poder adjudicador, mientras que el primero tiene siempre un contenido estimativo, no solo en el clausulado, sino en lo que se refiere a la intención misma de contratar.



- 2) La conclusión expresada en el número 1) anterior no está afectada por el hecho de que el artículo 28.4 de la LCSP establezca la obligación de publicar un anuncio previo. Esta norma recoge dicho anuncio como instrumento de planificación de la actividad contractual; en este sentido, se trata de un mandato para los poderes adjudicadores que no busca regular el procedimiento de adjudicación ni sus efectos en él de la omisión del citado anuncio.

4.2.2 Contenido del anuncio

[Resolución 191/2023](#)

El recurrente alega que el estudio económico del servicio se incorporó tardíamente a la licitación, y que ello debió suponer el reinicio de los plazos de presentación de ofertas. Esta alegación debe desestimarse por los siguientes motivos:

- 1) La información señalada en el artículo 63.3 LCSP no se exige como parte de la que debe facilitarse para cumplir con las exigencias de publicidad del procedimiento de adjudicación para conocimiento de los operadores económicos potencialmente interesados en presentar una proposición. De hecho, una parte de esta información solo se conoce, por definición, con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas (como toda la relativa al número de licitadores, a la adjudicación o a los modificados). En cualquier caso, el artículo 63.3 LCSP no cita el estudio económico entre la documentación que preceptivamente ha de publicarse en el perfil del contratante.
- 2) El artículo 135.4 LCSP establece en su apartado 4 que “Los anuncios de licitación de contratos contendrán la información recogida en el anexo III” (ver también, en sentido análogo, el apartado 1 de la disposición adicional quinta de la LCSP). El citado Anexo III, en su Sección 4, no recoge como parte de esa información el estudio económico o documentos similares, aunque sí exige un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de la contratación mediante dirección electrónica o de internet. En dichos pliegos sí debe figurar el desglose de los



costes del PBL (ver el artículo 100.2 LCSP), mandato que el poder adjudicador ha cumplido (cláusula 4.3 del PCAP). Sin embargo, un estudio económico no tiene, al contrario de los pliegos, la condición de documento contractual (o “pliego de contratación”, que es el término que utiliza la Directiva 2014/24/UE en su artículo 2.1.13) porque el objeto de ese documento no es “describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento” (ver el citado precepto de la Directiva 2014/24/UE), sino motivar o justificar diversos aspectos del contenido y alcance del clausulado del contrato. En definitiva, el estudio económico, aun formando parte del expediente de contratación, no es “Pliego de contratación” o documento contractual que haga surgir derechos y obligaciones entre las partes o que regule el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 137/2022 del OARC / KEAO).

- 3) Consecuentemente con lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, no hay ninguna infracción del procedimiento de adjudicación en la incorporación supuestamente tardía del estudio económico en el perfil del contratante.

4.3. Mesa de Contratación

4.3.1. Requisitos de la válida constitución de la Mesa

[Resolución 218/2019](#)

Téngase en cuenta que el artículo 326 de la LCSP, que regula las mesas de contratación, no tiene carácter básico (Disposición final primera de la LCSP), por lo que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar su propia norma reguladora de la materia, que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público es el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que ha de ser de aplicación preferente en esta materia. En concreto, esta norma regula la creación y composición de las mesas de contratación y, en lo que a los miembros que han de asistir a las sesiones para que se considere que el órgano colegiado se halla válidamente constituido, su artículo 8.4 exige que estén presentes (...) quienes tengan encomendadas las



funciones de presidencia, secretaría y asesoramiento jurídico del órgano de contratación. No obstante, en aquellas reuniones de la Mesa de Contratación en las que se deban adoptar decisiones técnicas relativas al objeto del contrato, su válida constitución requerirá, además, la presencia del vocal que tenga atribuida la función del asesoramiento técnico del órgano de contratación. En lo que respecta a la presencia del vocal que tiene encomendada la función de control económico el citado precepto dispone que “La asistencia del vocal representante de la Oficina de Control Económico será determinada en cada caso por el titular del referido órgano, en función de las características y naturaleza de la contratación correspondiente”, sin que exista previsión expresa sobre la necesidad de su presencia como una regla necesaria para considerar válidamente constituido el órgano colegiado.

[Resolución 036/2024](#)

El recurrente alude al artículo 326 de la LCSP, que regula las mesas de contratación, para invocar la deficiente composición de la Mesa de contratación, así como la no coincidencia de la identidad de los miembros que constan designados en el PCAP con los de las sucesivas actas del órgano colegiado. Este argumento no puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) El artículo 326 de la LCSP no tiene carácter básico (Disposición final primera de la LCSP), por lo que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar su propia norma reguladora de la materia, que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público es el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que ha de ser de aplicación preferente en esta materia. En concreto, esta norma regula la creación y composición de las mesas de contratación y, en lo que a los miembros que han de asistir a las sesiones para que se considere que el órgano colegiado se halla válidamente constituido, su artículo 8.4 exige que estén presentes (...) quienes tengan encomendadas las funciones de presidencia, secretaría y asesoramiento jurídico del órgano de contratación. No obstante, en aquellas reuniones de la Mesa de Contratación en las que se deban adoptar decisiones técnicas relativas al objeto del contrato, su válida constitución requerirá, además, la presencia del vocal que tenga atribuida la función del asesoramiento técnico del órgano de



contratación. En todas las sesiones de la Mesa de contratación consta la asistencia del presidente, del secretario, de un vocal técnico, del representante de la OCE y, en la apertura de los sobres B, y C, del representante de la DIT. Consecuentemente, en todas las sesiones se ha constituido el órgano colegiado con la composición preceptiva y respetando el quorum de asistentes mínimo exigido, por lo que carecen de relevancia las alegaciones efectuadas sobre la no asistencia del vocal representante de la DIT.

- 2) En lo que respecta a la presencia del vocal que tiene encomendada la función de control económico, el Decreto 116/2016, de 27 de julio dispone que La asistencia del vocal representante de la Oficina de Control Económico será determinada en cada caso por el titular del referido órgano, en función de las características y naturaleza de la contratación correspondiente. A este respecto, en el artículo primero de la Resolución de 9 de marzo de 2022, del Director de la Oficina de Control Económico, por la que se nombran representantes de esta oficina en las mesas de contratación y otros órganos colegiados de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, publicado en el BOPV nº 59 de 23 de marzo de 2022, consta que el representante de la OCE en la Comisión Central de Contratación, será la persona que tiene atribuida la función de control interventor del departamento u organismo al que está adscrito el órgano de contratación del expediente que se tramite, en este caso, el Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, y en el artículo segundo designa como representante En la Mesa de contratación del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, cuya composición se establece por Orden de 15 de marzo de 2021, del Consejero de Economía y Hacienda y de la Consejera de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, a D. Borja Pérez Ramsden, que es quien consta como vocal de la OCE en todas las actas de las diversas sesiones de la mesa de contratación celebradas en el procedimiento de adjudicación que nos ocupa.
- 3) De las diversas actas que figuran en el expediente de contratación, así de lo manifestado en el apartado 2) anterior se desprende que la falta de coincidencia entre la persona designada en los pliegos como vocal representante de la OCE y de quien consta como asistente a las diversas sesiones del Órgano colegiado carecen de relevancia anulatoria, toda vez que



a todas ellas ha asistido quien está designado como tal por el órgano competente.

4.3.2. La Mesa en los poderes adjudicadores que no son Administración Pública

[Resolución 170/2019](#)

Nos encontramos ante un contrato que ha de celebrarse por un poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la LCSP, no tiene la obligación de contar durante el procedimiento de adjudicación con una Mesa de Contratación (ver, en este sentido la Resolución 100/2016 del OARC/KEAO que, si bien referido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sus conclusiones sobre esta cuestión son aplicables al caso, así como la Recomendación de 1 de marzo de 2018 de la Junta consultiva de la Contratación Pública del Estado).

4.3.3. Acto de la Mesa dictado con un presunto vicio de incompetencia y asumido por el órgano de contratación

[Resolución 14/2021](#)

La recurrente alega que el acuerdo de exclusión ha sido adoptado por órgano manifiestamente incompetente por lo que es nulo de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150, 157 y 326 de la LCSP con relación al artículo 47.1.b de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y el artículo 24 de la Constitución. A juicio de este Órgano, esta alegación debe desestimarse. Con independencia de las consideraciones sobre si el artículo 326 de la LCSP y su legislación de desarrollo atribuyen o no de forma expresa o implícita a la Mesa la competencia de excluir las ofertas que incumplan la regla de valoración separada, consta en el expediente (folio 973) que el órgano de contratación (Comisión de Gobierno) acordó aceptar la propuesta de clasificación de ofertas de la Mesa (ver el artículo 150.2 de la LCSP). Consecuentemente, sería contrario a la economía procesal que el OARC / KEAO



declarara la invalidez de la exclusión teniendo en cuenta que una hipotética retroacción de actuaciones concluiría en un acto del órgano de contratación de idéntico contenido que el anulado (ver el artículo 51 de la LPAC). Por otro lado, tampoco puede entenderse que, de existir, el vicio de incompetencia sea de tal calibre que suponga nulidad de pleno derecho del acto (artículo 47.1 b) de la LPAC), sino, en todo caso, su anulabilidad, la cual es susceptible de convalidación (artículos 48.1 y 52 de la LPAC); téngase en cuenta que para que se dé la incompetencia manifiesta, debe expresarse de forma ostensible, patente, claro e incontrovertido, de modo que el órgano administrativo carezca de toda competencia respecto de una determinada materia (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 15/6/1981, ECLI:ES:TS:1981:606, y de 18/5/2001, ECLI:ES:2001:4108).

4.3.4. Mesa de contratación de las entidades locales

[Resolución 42/2021](#)

XAKER considera que la parte del informe técnico elaborado por la arquitecta técnica municipal carece del rigor técnico necesario, así como de falta de imparcialidad por haberlo realizado un miembro de la mesa. Estos argumentos no pueden ser aceptados por las siguientes razones:

- 1) El artículo 326.5 de la LCSP, citado por el recurrente, tiene algunas matizaciones para el ámbito de la Administración Local en las Disposiciones adicionales segunda y tercera de la LCSP, las cuales contemplan especificidades que afectan entre otras cuestiones, a la composición de la Mesa de Contratación y del comité de expertos a los que se refiere el artículo 146.2 de la LCSP. En concreto, la Disposición adicional segunda de la LCSP, en su apartado 7 dispone, en relación con la composición de la Mesa de Contratación, que “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, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, 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 (...). Como puede observarse, la LCSP da una trascendente significación a las vocalías que aportan el conocimiento jurídico y el de control de la eficiencia y la legalidad hacendística (Servicio jurídico/Secretario e Intervención), puesto que su presencia es necesaria e indelegable en otra vocalía para dar por válidamente constituida la reunión de la mesa, sin que se requiera una determinada cualificación específica para el resto de vocalías, más allá de la necesaria formación y preparación técnica y multidisciplinar de los empleados públicos.

- 2) En este sentido, la recurrente no acredita lo más mínimo que la técnica informante carezca de la suficiente formación y experiencia necesaria para emitir su informe. Debe tenerse en cuenta que el reproche efectuado por la recurrente se refiere a una parte del informe técnico con una ponderación de 18 puntos sobre 49 y cuyo título y descripción es el siguiente: Propuesta de oferta del servicio para el polideportivo de Lemoa: 18 puntos. Entre otros, la propuesta organizativa de los recursos humanos para cumplir todas las funciones recogidas en el pliego, la propuesta de Plan de Autocontrol, y la propuesta de actuación para prevenir contagios de la COVID-19. Como puede advertirse, la materia objeto de informe no parece entrañar (ni el recurrente lo ha probado) una dificultad o complejidad específica que haga pensar que la informante no pueda emitir un juicio adecuado, por lo que la Mesa desde su competencia ha decidido que dicha parte del informe relativo a los criterios sujetos a juicio de valor lo realice un técnico municipal con formación en arquitectura técnica, lo cual no contraviene norma alguna y se ajusta perfectamente a la normativa contractual.

[Resolución 157/2023](#)

El recurso alega que la Mesa de Contratación que ha intervenido en el procedimiento de adjudicación está incorrectamente constituida a la vista de lo dispuesto en el apartado 7 de la DA 2ª de la LCSP. Este motivo de impugnación debe aceptarse:

- 1) El citado precepto establece que 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, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas



la función de control económico- presupuestario, 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. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

2) La Mesa que ha intervenido en el procedimiento de adjudicación, según el acta de la sesión de constitución de 16/11/2022, se compone de:

- El alcalde de la corporación, que actúa en calidad de presidente
- La secretaria de la corporación
- La interventora de la corporación
- Un técnico de administración general de urbanismo, que actúa en calidad de secretario de la Mesa de Contratación

3) Según el informe 96/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, cuyo criterio comparte este Órgano, “La correcta interpretación del precepto exige diferenciar al Presidente, por un lado, y a los vocales, por otro. Entre estos cabrá diferenciar: en primer lugar, al Secretario o persona que realice la función de asesoramiento jurídico; en segundo lugar, al Interventor o persona que ejerza la función de control económico-presupuestario; y en tercer lugar, dentro de los vocales, a 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. El tenor de la norma legal es taxativo en cuanto al hecho de que la mesa debe estar compuesta por estos tres tipos de vocales, si bien en el último de los casos, cabe que sean o personal al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma o ambos. Por esta razón, aunque sea posible que las reuniones puedan verificarse con la presencia de sólo algunos de los vocales de la mesa, lo cierto es que parece que el legislador ha optado por exigir que en la composición de la mesa figuren vocales de las tres clases antes mencionadas, lo que es congruente con la prohibición de que sean menos de tres. De este modo el límite de tres entiende esta Junta que se refiere al número de vocales.”

4) Consecuentemente, la Mesa no está correctamente constituida. Debe señalarse que el Decreto 116/2016, invocado por el poder adjudicador, no es de aplicación a las entidades locales, como se deduce claramente de su artículo.



Resolución 098/2024

Se alega que la Mesa de Contratación se ha constituido incorrectamente en todas sus sesiones, infringiendo el apartado 7 de la Disposición adicional segunda de la LCSP, que establece lo siguiente:

“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, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico presupuestario, 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. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.”

Sobre este motivo de impugnación, se observa:

- 1) El apartado 1 de la carátula del PCAP establece la composición de la Mesa de Contratación. Dicha composición se ajusta al citado precepto:
 - (i) se preside por un miembro de la Corporación (vicepresidenta primera de la Mancomunidad), sin perjuicio de su delegación, legalmente prevista.
 - (ii) incluye como vocales a:
 - la Secretaria de la Mancomunidad o la persona suplente designada por la presidencia si fuese necesario.
 - la persona que desempeña las funciones de Intervención en la Mancomunidad o la persona suplente designada por la presidencia si fuese necesario.



- el responsable designado por la Mancomunidad para la supervisión del contrato (Behargintza Txorierri).

(iii) se determina que el secretario será el Tesorero de la Mancomunidad, o la persona suplente designada por la presidencia si fuese necesario.

2) Lo expuesto en el apartado 1) anterior no obsta para que deba analizarse si la constitución de la Mesa en las sesiones que ha mantenido ha sido válida (ver, en especial, el artículo 21.7 del Real Decreto 817/2009, de desarrollo parcial de la LCSP 30/2007). En particular, el recurrente afirma que (i) las mesas se han constituido en todas las reuniones con cuatro miembros en lugar de cinco, (ii) que en algunos casos se prescinde de las figuras de secretario o interventor y (iii) que se simultanean las figuras de vocal y secretario, actuando el tesorero (designado como secretario del órgano colegiado) como vocal. Sobre todo ello, se observa lo siguiente:

- El artículo 21.7 del Real Decreto 817/2009 establece dos requisitos acumulativos para la “válida constitución de la mesa”: la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros y que, en todo caso, estén presentes el presidente, el secretario y los vocales que tengan atribuidas las funciones de asesoramiento jurídico y control económico presupuestario. Por lo que se refiere a la primera condición, en todas las actas consta la presencia de cuatro miembros, por lo que debe darse por satisfecha. En los siguientes epígrafes se analiza la concurrencia del segundo requerimiento. Previamente, debe señalarse que las actas identifican los nombres de las personas asistentes y su condición de presidenta, secretario de la Mesa o vocal, pero no indican el cargo, puesto de trabajo o función en cuya virtud han sido designados miembros de la Mesa (vicepresidenta de la Mancomunidad, tesorero, interventor, Secretaria de la Mancomunidad o responsable del contrato), como habría sido correcto. No obstante, este Órgano ha podido verificar este extremo mediante la consulta de varios documentos del expediente o de fuentes externas a él (informes jurídicos y de fiscalización del contrato impugnado, nombramientos en boletines oficiales y páginas web institucionales); de ellos se deduce que estas



personas efectivamente ejercen las funciones o desempeñan los correspondientes puestos o cargos.

- A la vista de lo expuesto en el epígrafe anterior, el motivo de recurso debe aceptarse. En este sentido, consta en las actas de las sesiones de la Mesa lo siguiente:
 - (i) En la sesión del 17 de abril (apertura del sobre “A”), la persona designada como vocal jurídico figura como secretaria. Ello supone la ausencia de dicho vocal jurídico, ya que la secretaria es miembro de la Mesa pero no vocal (especialmente, no tiene voto y los vocales sí) y no cabe acumular las dos funciones porque ello significa tanto como desnaturalizar ambas (ver, en este sentido la Resolución 45/2016 de este OARC / KEAO). La misma situación se da en la sesión del 29 de junio (apertura del sobre “C”).
 - (ii) En la sesión del 24 de abril (apertura del sobre “b”) no figura el vocal interventor.
 - (iii) En la del día 13 de septiembre (propuesta de adjudicación) no figura la vocal de asesoría jurídica. Lo mismo sucede en la sesión de 18 de octubre (documentación presentada por la empresa propuesta como adjudicataria).

4.3.5. Informes de valoración solicitados por la Mesa

[Resolución 5/2021](#)

Por otra parte, en lo que aquí nos interesa, no resulta relevante la cualificación profesional de su autor, porque la Mesa de contratación es el órgano de asistencia técnica especializada (artículo 326.2 de la LCSP) y quien debe realizar la valoración de las proposiciones de los licitadores (artículo 326.2.b) de la LCSP), siendo una



decisión facultativa, no obligatoria, la de solicitar el auxilio de un informe técnico para la adopción de su decisión (artículo 146.2.b) de la LCSP) y, en este sentido, la recurrente no ha puesto en duda la cualificación técnica de sus miembros.

[Resolución 66/2021](#)

El recurso señala que la Mesa dispuso de dos informes de valoración de los criterios subjetivos sin que consten las razones o motivos por los que optó por adherirse al del aparejador y no al de la interventora, ni porqué se modificaron las puntuaciones del informe del aparejador. Por su parte, tanto el poder adjudicador como la UTE impugnada niegan la existencia de dos informes concediendo tal carácter únicamente al elaborado por el aparejador y afirman que el cambio en las puntuaciones fue el resultado de las deliberaciones propias de la mesa. A este respecto, se debe recordar que la mesa de contratación (artículo 326.2 b) de la LCSP) es el órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación compuesto por personas que reúnen las garantías de objetividad, imparcialidad y posesión de determinados conocimientos técnicos que, en su tarea de evaluación de las proposiciones, puede solicitar cuantos informes precise (ver, por ejemplo, el artículo 146.2 b), el segundo párrafo del artículo 150.1 y el último párrafo del artículo 325.5, todos de la LCSP). Estos informes consisten en documentos auxiliares, de carácter no preceptivo y no vinculante, que ayudan a la Mesa de contratación en su tarea de valoración (ver, por ejemplo, el informe 9/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado). Ello implica que la Mesa de contratación no está vinculada por las consideraciones contenidas en dichos informes y que no tiene por qué asumirlos de una forma acrítica. En este sentido, del análisis de las actas incorporadas al expediente de contratación se concluye que la actuación de la mesa de contratación fue correcta. En concreto, se produjo una deliberación entre sus miembros sobre las puntuaciones finales que las ofertas debían obtener en los criterios subjetivos, llegando a un acuerdo final que se reflejó en la propuesta que se elevó al órgano de contratación. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

[Resolución 48/2022](#)



- 1) En el presente caso, y dado que la ponderación atribuida a los criterios sujetos a fórmula es superior a la de los criterios sujetos a juicio de valor, corresponde a la Mesa de contratación la valoración de los criterios subjetivos. Para realizar esta labor, la normativa contractual permite a las Mesas (ver, por ejemplo, los artículos 150.1, 157.5 y 326.5 de la LCSP) solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes y cuantos informes técnicos se estimen pertinentes. Téngase en cuenta que, los informes de valoración tienen un carácter auxiliar, de carácter consultivo, pero que la valoración de las ofertas propiamente dicha, apartándose o no de dichos informes, corresponde a las Mesas que realizarán la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.
- 2) La normativa contractual no exige que para la elaboración de informes técnicos deba reunirse la condición de empleado público en la acepción dada por el artículo 8 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) aprobado por el RDL 5/2015, de 30 de octubre, tal y como pretende la recurrente. Únicamente, se establece, tanto en el artículo 326.5, como en la Disposición Adicional segunda de la LCSP para el ámbito local, la prohibición de que puedan ser emitidos por personal eventual.
- 3) En el presente supuesto, la recurrente no acredita lo más mínimo que el informante D. P.R.G. tenga la condición de personal eventual; al contrario, indica que se trata de un empleado de una empresa adjudicataria de un contrato de servicios con el Ayuntamiento de Lemoa. Esta condición laboral, confirmada por el Ayuntamiento, conlleva la inevitable desestimación del motivo impugnatorio, pues la recurrente ha atribuido erróneamente el carácter de personal eventual a una persona que no lo es y que la Mesa de contratación ha considerado idónea para la realización del trabajo.
- 4) Por último, la recurrente tampoco acredita que el técnico informante carezca de la suficiente formación y experiencia necesaria para emitir su informe, ni que haya actuado con parcialidad, falta de objetividad o independencia.



De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, asumida por el OARC / KEAO en su Resolución 157/2023 (ver la sentencia de 13/3/2013, nº 100/201, ECLI:ES:TS:2013:1463 y todas las que en ella se citan), el recurso a un asesoramiento externo no puede suponer asumir sin más la valoración hecha por una empresa contratada al efecto, dando por buena su valoración, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento por la Mesa de Contratación de la función de valorar las ofertas que le corresponde como propia e indelegable. En este sentido, la discrecionalidad técnica se justifica por tratarse de la decisión adoptada por un órgano compuesto por personas que forman parte de la Administración y poseen conocimientos técnicos en la materia de que se trate, lo que ofrece unas garantías de objetividad e imparcialidad que no concurren en una entidad privada. Por esa razón, es la Mesa el órgano que valora las ofertas para seleccionar la más idónea; en cambio, cuando la valoración la realiza directamente una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, pero que carece de las notas de objetividad e imparcialidad que es propia de la Mesa, faltan los fundamentos sobre los que se asienta la presunción de acierto.

En este caso, no constan los requisitos mínimos para satisfacer las exigencias de la citada jurisprudencia, por lo que la motivación del acto impugnado, basada en un informe técnico de una empresa externa y sin que haya un análisis propio de la Mesa (sin perjuicio de que pueda emplearse en él el citado informe), es del todo insuficiente, lo que implica la anulación del acto impugnado.

[Resolución 157/2023](#)

La recurrente alega que la Mesa ha incumplido su función de valorar las proposiciones al asumir sin razonamientos ni observaciones adicionales un informe técnico externo. Esta alegación debe estimarse por lo siguiente:

- 1) En síntesis, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ver la sentencia de 13/3/2013, nº 100/201, ECLI:ES:TS:2013:1463 y todas las que en ella se citan), el recurso a un asesoramiento externo no puede suponer asumir sin más la valoración hecha por una empresa contratada al efecto, dando por



buen su valoración, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento por la Mesa de Contratación, de la función de valorar las ofertas que le corresponde como propia e indelegable. En este sentido, la discrecionalidad técnica se justifica por tratarse de la decisión adoptada por un órgano compuesto por personas que forman parte de la Administración y poseen conocimientos técnicos en la materia de que se trate, lo que ofrece unas garantías de objetividad e imparcialidad que no concurren en una entidad privada. Por esa razón, es la Mesa el órgano que valora las ofertas para seleccionar la más idónea; en cambio, cuando la valoración la realiza directamente una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, pero que carece de las notas de objetividad e imparcialidad que es propia de la Mesa, faltan los fundamentos sobre los que se asienta la presunción de acierto.

- 2) En este caso consta en el Acta de la Mesa que contiene la propuesta de adjudicación que el órgano colegiado se limita a reproducir literalmente las conclusiones del informe técnico y a manifestar que lo “hace suyo”, sin que conste ninguna valoración propia, lo que es insuficiente para satisfacer los requisitos jurisprudenciales señalados en el apartado 1) anterior.

4.3.6. Separación de funciones entre el órgano de contratación y la Mesa

[Resolución 5/2021](#)

Nos encontramos ante un procedimiento abierto en el que la intervención de la mesa de contratación es preceptiva. Se trata éste de un órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación compuesto por personas que reúnen las garantías de objetividad, imparcialidad y posesión de determinados conocimientos técnicos (ver, en este sentido, la Resolución 8/2020 del OARC / KEAO) y cuyas funciones figuran enumeradas en el artículo 326.2 de la LCSP, entre las que se encuentran, en lo que aquí nos interesa, las de la valoración de las proposiciones de los licitadores (letra b) y la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con



lo dispuesto en el artículo 145 (letra d). Se trata, en suma, de un órgano diferente al de contratación, cuya finalidad última es la de contribuir al acierto en la selección de la oferta con la mejor relación calidad / coste y garantía de legalidad, razón por la que la LCSP sujeta su composición y actuación a ciertos deberes de transparencia, como la obligación de publicar en el perfil de contratante su composición (artículo 326.3 de la LCSP) y las actas de sus sesiones (artículo 63.3.d de la LCSP). Por su parte, el órgano de contratación es quien ostenta en materia contractual la representación de, en este caso, Osakidetza.

En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, las resoluciones de inicio y aprobación del expediente de contratación las firma el Director Gerente de la OSI, pero la Resolución de adjudicación del contrato la adopta, por sustitución, la Directora Médica, quien delega la firma en el Jefe de la Sección de Contratación. La Directora médica es vocal de la mesa de contratación, pero, habida cuenta de que no ha participado en ninguna de las sesiones celebradas a lo largo del procedimiento de adjudicación, esta irregularidad formal no es invalidante, pues no se ha manifestado en una irregularidad material. No obstante, este OARC / KEAO sí que considera que es una irregularidad relevante que quien ha ejercido las funciones de secretario del órgano colegiado en todas sus sesiones sea la persona física que ha suscrito el acuerdo de adjudicación por delegación de firma. A excepción de la no constancia del ejercicio de la competencia de órgano de contratación por sustitución, en el expediente se ha dado cumplimiento a las normas de suplencia (artículo 13 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y de delegación de la firma (artículo 12 de la LRJSP), pero este cumplimiento de la formalidad no puede amparar una actuación que obvia la diferenciación que debe existir entre ambos órganos, ya que el ejercicio por cada uno de ellos en el seno del procedimiento de adjudicación de una determinada función exige que no exista contaminación o confusión entre ambos, que es lo que ocurre cuando la misma persona física participa en cada uno de ellos. Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa, quien firma por delegación de firma como órgano de contratación (únicamente el acto de adjudicación) es un vocal nato de la mesa de contratación con funciones de secretario del órgano colegiado, de lo que se desprende que las decisiones de la Mesa de contratación no han sido contaminadas por la influencia del órgano de contratación, por lo que no nos hallamos ante una irregularidad susceptible de una nulidad de pleno



derecho, sino ante un acto anulable que, en su caso, puede ser subsanable mediante su convalidación (artículo 52 de la LPACAP).

4.3.7 Mesa incorrectamente constituida y sus efectos

[Resolución 205/2023](#)

BURUTXAGA alega que en el Acta levantada con ocasión de la apertura del sobre C se recogen cuestiones que difieren de lo realmente ocurrido como, por ejemplo, que se indique que tanto el Presidente de la Mesa como el Vocal del órgano de contratación asistieron al acto de apertura, cuando del video publicado en el Perfil se colige que únicamente asistieron la Secretaria de la Mesa y el Vocal asesor Jurídico, por lo que no fue válidamente constituida. Este motivo de impugnación debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) La Mesa nombrada por resolución de 19/01/2023 del Director General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias se compone de:
 - Presidente
 - Vocal en representación del Órgano de Contratación
 - Vocal asesor jurídico
 - Secretaria
- 2) El artículo 8.4 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi dispone en lo que al presente supuesto atañe que “Para la válida constitución de la Mesa de contratación deberán estar presentes quienes tengan encomendadas las funciones de presidencia, secretaría y asesoramiento jurídico del órgano de contratación.
- 3) A juicio de este Órgano, en el presente caso no queda acreditada la presencia del Presidente de la Mesa de Contratación en la Sesión de la apertura del sobre C celebrada el 8 de marzo de 2023. Y el OARC/KEAO llega a esta convicción principalmente por dos motivos: (I) de la visualización completa del video



grabado de dicha sesión no se advierte la presencia de más miembros de la Mesa que la Secretaria y el Vocal asesor jurídico, que son los que intervienen durante los 28 minutos y 31 segundos de duración, sin que se vislumbre, se oiga o se intuya la presencia de alguna otra tercera persona que induzca a pensar que alguien más que los intervinientes asiste al acto; y (ii) en el escrito de contestación al recurso no se confirma ni se reafirma que el Presidente se encontrara presente y procediera a la apertura de la sesión, y se alega principalmente que en las sesiones de aperturas públicas de expedientes electrónicos se requiere la presencia de un quorum mínimo de 2 personas de la Mesa para poder acceder al contenido de las ofertas mediante la identificación por certificaciones o tarjetas electrónicas. Es decir, de dicha manifestación se puede deducir que bastaba la presencia de dos de las personas que conforman la Mesa para celebrar válidamente el acto de apertura, lo cual contraviene claramente el precepto del Decreto 119/2016 anteriormente reproducido y supone confundir el “quorum” necesario para constituir el órgano colegiado con los requisitos de acceso a los archivos de las proposiciones.

- 4) Consecuentemente y a juicio de este Órgano, la Mesa no se encontraba válidamente constituida para la celebración de dicho acto. Ahora bien, la recurrente no cuestiona la integridad de los sobres, ni sugiere, expresa o tácitamente, una posible manipulación de los mismos, ni alega ninguna infracción de algún principio básico del procedimiento de adjudicación. En particular, en el supuesto que nos ocupa, el acto de apertura de los sobres C ha sido público y, los licitadores han podido comprobar vía telemática que una vez abiertos, se ha adoptado el acuerdo de remitir su contenido al servicio promotor para su evaluación. Es decir, en la actuación de la Mesa de contratación, eso sí, deficientemente conformada, no consta ningún acuerdo decisorio en orden a la admisión o exclusión de ofertas ni en orden a su evaluación o propuesta de adjudicación, sino una mera actividad de apertura de sobres para acordar remitirlos a quien vaya a evaluar su contenido, lo cual consta expresamente previsto en la cláusula 16.2 del PCAP. En este contexto, por mucho que en el plano formal la mesa de contratación no esté válidamente conformada, considera este Órgano que sería de todo punto contrario a los



principios de proporcionalidad, eficiencia administrativa y economía procesal cancelar la presente licitación, para así proceder a la tramitación de una nueva, cuando la recurrente no invoca ninguna otra irregularidad más que la meramente formal de la no coincidencia entre el acta y el vídeo de la apertura. Ahora bien, ello no quiere decir que la irregularidad procedimental observada no tenga efecto alguno, por el contrario, su alcance se analiza en la letra b) del presente Fundamento Jurídico.

(...)

A la vista del apartado a.1) el recurso debe estimarse parcialmente, anulándose la adjudicación (petición del recurso con la que este Órgano debe ser congruente según el artículo 57.2 LCSP) y la retroacción del procedimiento hasta el acto de apertura del sobre C para se subsane, en su caso, la deficiencia observada mediante su convalidación por parte de la Mesa de contratación debidamente constituida de forma que asuma, confirme y convalide lo actuado en la sesión de apertura del sobre C.

4.4. Comité de expertos

4.4.1. Composición del Comité de expertos

[Resolución 162/2018](#)

El artículo 146 a) de la LCSP anteriormente transcrito establece que los expertos podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato. Pues bien, del expediente remitido por Osakidetza se desprende que los miembros del comité pertenecen a los servicios dependientes del órgano de contratación (Director-Gerente de la OSI Barakaldo-Sestao) pero no están adscritos al órgano proponente (Suministros y Almacenes), entendido como aquel que promueve la contratación y que interviene en el procedimiento emitiendo el informe al que se refiere el artículo 73 del Reglamento Ley Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



[Resolución 108/2019](#)

La recurrente considera que los miembros del comité al pertenecer a las diversas OSIs de Gipuzkoa no pueden formar parte del órgano de expertos, ya que son parte de la estructura orgánica del órgano proponente del contrato (Dirección General de Osakidetza) lo que podría condicionar la necesaria independencia y objetividad a la hora de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor. El artículo 146 de la LCSP establece, al respecto, lo siguiente: Aplicación de los criterios de adjudicación. (...) La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos: a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Pues bien, del expediente se desprende que los miembros del comité pertenecen a las Organizaciones de Servicios Integrados (OSIs) de Gipuzkoa, y que el órgano proponente del contrato (y también órgano de contratación) es el Director General; a este efecto, debe entenderse por órgano proponente aquel que promueve la contratación y que interviene en el procedimiento emitiendo el informe razonado, exponiendo la necesidad de la contratación, al que se refieren los artículos 28.1 y 116.4 de la LCSP y el artículo 73 del Reglamento de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas. De acuerdo con el artículo 11 b) de los Estatutos de Osakidetza (aprobados por el Decreto 255/1997) al Director General le corresponde ejercer la dirección de todos los servicios y del personal del Ente Público. Sin embargo, de los citados Estatutos (artículo 4.2) se deduce también que la Organización Central (en la que se incluye el Director General) y cada una de las diversas OSIs constituyen unidades orgánicas diferentes, por lo que se satisface el artículo 146.2 a) de la LCSP, que exige que los miembros del Comité no estén adscritos al órgano proponente del contrato; a juicio de este Órgano, este



término no alude a la ausencia de dependencia jerárquica o funcional, sino a la prohibición de que los expertos se incluyan orgánicamente en la estructura de la unidad organizativa promotora. Consecuentemente, no se observa infracción normativa alguna, por lo que debe desestimarse esta alegación.

4.4.2. Supuestos en los que debe intervenir

[Resolución 90/2019](#)

Alega la recurrente que al configurar los pliegos una fase eliminatoria en el procedimiento de tal forma que se hace necesario obtener como mínimo 20 puntos en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor para no ser excluido del procedimiento de adjudicación, de facto, los criterios subjetivos suponen en esa primera fase el 100% de la ponderación, por lo que se requiere la constitución de un comité de expertos cuya omisión en los pliegos implica la nulidad de pleno derecho de los mismos por obviarse un trámite esencial del procedimiento administrativo.

Esta alegación no puede aceptarse. La obligada constitución del comité de expertos procede cuando la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor tiene atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática (artículo 146.2 a) de la LCSP), y ello, independientemente de que existan fases eliminatorias. En este sentido, la norma permite el establecimiento de un umbral de puntuación mínimo a alcanzar por el licitador para continuar en el proceso selectivo, de modo que habilita la exclusión de aquellos licitadores que no alcancen la puntuación que en su caso se hubiera fijado sin necesidad de intervención del comité de expertos. En el presente supuesto, los criterios subjetivos alcanzan una ponderación del 28,57 % del total (40 puntos sobre 140), lo que excluye per se la exigencia de que la valoración de las ofertas mediante la aplicación de los criterios dependientes de un juicio de valor deba realizarse por el citado comité, puesto que la norma permite el establecimiento de un umbral de puntuación mínimo a alcanzar por el licitador para continuar en el proceso selectivo, de modo que habilita la exclusión de aquellos licitadores que no alcancen la



puntuación que en su caso se hubiera fijado sin necesidad de intervención del comité de expertos.

4.4.3. Organismo técnico especializado

[Resolución 8/2020](#)

El artículo 146.2 a) de la LCSP dispone que, en los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros (con las especialidades que para las Entidades Locales se especifican en la Disposición adicional segunda de la LCSP), o encomendar la evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Al margen de este precepto y del artículo 63.5 de la LCSP, que dispone que la designación de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor deberá publicarse en el perfil de contratante, no existe en la LCSP referencia adicional a qué se debe entender por “organismo técnico especializado”. A partir de ahí, se plantea cuáles son los requisitos que ha de cumplir una entidad para ser considerada un organismo técnico especializado:

- 1) El análisis debe partir de la finalidad que persigue la LCSP al encomendar a órganos independientes (Comité de expertos u órgano técnico especializado) la evaluación de los criterios discrecionales en el supuesto previsto en el artículo 146.2 a) de la LCSP, cuando esta función está ordinariamente atribuida, en las Administraciones Públicas, a la mesa de contratación (artículo 326.2 b) de la LCSP), órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación compuesto por personas que reúnen las garantías de objetividad, imparcialidad y posesión de determinados conocimientos técnicos. No obstante, el legislador considera que la preponderancia de los criterios



sujetos a juicio de valor sobre los automáticos produce un incremento de la discrecionalidad técnica (y por tanto, del libre margen de apreciación para adjudicar el contrato) contrario al principio general legalmente previsto, que es precisamente la preferencia por los criterios sujetos a fórmulas (artículo 146.2 de la LCSP), lo que justifica garantizar el acierto y la objetividad de la decisión mediante un sistema que afiance la separación de funciones y la capacitación técnica que ya se establece en el sistema “ordinario” mediante la participación de las mesas de contratación.

- 2) En consecuencia con lo señalado en el apartado anterior, no puede considerarse que la figura del organismo técnico especializado se satisfaga con la elaboración del informe de valoración por cualquier empresa capacitada al efecto; esta posibilidad ya está cubierta con la posibilidad general de que la Mesa solicite cuantos informes precise para apoyar su tarea de evaluación de las proposiciones (ver, por ejemplo, el artículo 146.2 b), el segundo párrafo del artículo 150.1 y el último párrafo del artículo 325.5, todos de la LCSP) y es evidente que el legislador pretende garantías adicionales o reforzadas.
- 3) A juicio de este Órgano, el término “organismo técnico especializado” evoca a una persona jurídica pública o privada que no solo posea la especialización técnica en la materia que constituye el objeto de contrato necesaria para valorar las ofertas, sino que además cuente con algún tipo de título legal, reconocimiento o acreditación que pruebe que su funcionamiento garantiza las notas de objetividad e independencia que se buscan o que invista sus opiniones de una presunción de imparcialidad y conocimiento análoga a la que merece el trabajo de los comités de expertos a los que equivalen (a modo de ejemplo, las entidades que actúan en el campo de la certificación o de realización de ensayos, los laboratorios homologados, órganos administrativos o entidades públicas especializadas, etc.).

Aplicando estas consideraciones al asesoramiento prestado por INGUBIDE, debe entenderse que el órgano de contratación no encomendó la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor a un organismo técnico especializado. INGUBIDE, S.L. es una sociedad de capital que opera en el mercado ofertando



servicios técnicos de ingeniería y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico como otra mercantil más, sin que se haya acreditado en el expediente, más allá de su objeto social y la titulación académica y experiencia de quienes han elaborado el informe, cuál es el título que le caracteriza como organismo técnico especializado. En este sentido, este OARC/KEAO considera que el poder adjudicador ha acudido a su asesoramiento sobre la base del citado artículo 146.2.b) de la LCSP, que faculta a la mesa de contratación a solicitar informes técnicos en su función de valoración de las ofertas, como prueba el hecho de que dicho órgano colegiado ha asumido expresamente el informe técnico, asunción que es innecesaria cuando tal función se atribuye al comité de expertos o a un organismo técnico especializado. Por otro lado, como ya se ha señalado en el apartado a) anterior, tampoco se ha efectuado en los pliegos una designación expresa en este sentido, como pide el artículo 146.2 a) de la LCSP, lo que igualmente impide considerar a la empresa como el organismo técnico especializado al que se atribuye la citada valoración; téngase en cuenta que la objetividad e imparcialidad en la evaluación justifican la obligación de que el organismo se designe en los pliegos de la licitación y se publique en el perfil de contratante, al objeto de que su idoneidad pueda ser verificada y, en su caso, impugnada por los eventuales licitadores.

4.4.4 Cualificación del Comité de expertos

[Resolución 087/2024](#)

INMEDIOMBAI critica que el órgano de contratación no facilita los datos necesarios que indiquen la idoneidad de los expertos para evaluar los criterios de adjudicación. Al respecto, debe señalarse que corresponde al órgano de contratación (ver, por ejemplo, la Resolución 108/2019 de este OARC/KEAO) determinar la cualificación adecuada o apropiada de los miembros del comité sobre la materia objeto de valoración, y cuya justificación radica en que forman un equipo multidisciplinar conformado por el técnico responsable de Información, el responsable del Plan Municipal de Normalización Lingüística y la técnica de Cultura, todas ellas personas con una dilatada experiencia en su trayectoria profesional. A juicio de este OARC/KEAO, dicha motivación es suficiente para acreditar la idoneidad de la



cualificación, circunstancia que no ha sido desvirtuada por la recurrente. Por ello, procede la desestimación de este motivo impugnatorio.

4.5. Otros trámites del procedimiento

4.5.1. Elaboración del informe de valoración por un técnico municipal que no ha participado en la elaboración del PPT

[Resolución 65/2020](#)

La recurrente alega que la realización del informe de valoración por parte del aparejador cuando este ha participado en la elaboración del PPT infringe la LCSP. Este argumento debe ser desestimado, por las siguientes razones: (i) En la presente licitación no es preceptiva la participación del Comité de Expertos, pues la ponderación de los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor es inferior al 50%, por lo que no es aplicable el apartado 8º de la Disposición Adicional Segunda de la LCSP invocado por la recurrente; (ii) el aparejador municipal no forma parte del Mesa de Contratación según se desprende del expediente administrativo remitido, cumpliendo con lo establecido en el artículo 326 de la LCSP; y (iii) este mismo artículo limita la prohibición de la emisión de informes de valoración a los cargos públicos representativos y al personal eventual, situaciones que no concurren en la persona del aparejador municipal. En este mismo sentido ya se pronunció el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/2018 en el que se señala: En consecuencia, los informes de valoración podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción del pliego técnico, con pleno respeto al deber de independencia y objetividad que como empleados públicos les atañe.

4.5.2. Irregularidades no invalidantes

[Resolución 17/2021](#)

La recurrente considera la falta de publicación en el perfil del contratante de la convocatoria para la apertura de los sobres económicos y el hecho de no haber podido



conocer antes de dicha apertura las puntuaciones otorgadas a los proyectos técnicos como causas de nulidad de derecho administrativo, al considerar que se omite con ello un trámite esencial del procedimiento a los efectos del artículo 157.4 de la LCSP en relación con el artículo 47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC).

Sin embargo, este Órgano no puede compartir esta conclusión. Conviene señalar que no se alega propiamente que falten los documentos reseñados (cuestión que no discute la recurrente y debe descartarse a la vista del contenido del expediente administrativo remitido), sino la mera falta de publicación en el perfil del contratante de la mencionada convocatoria. No obstante, esta pretendida omisión no tiene encaje en ninguno de los supuestos de invalidez establecidos en los artículos 38 y 39 de la LCSP.

En primer lugar, parece clara la voluntad del legislador de reservar la sanción de nulidad de pleno derecho específicamente contractual en los casos de defectos de publicación a los que afectan, según el artículo 39.2 c) de la LCSP, a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135. Esta reserva se antoja razonable dada la trascendencia que tiene la publicación o falta de ella de la licitación en los principios de transparencia, libre concurrencia e igualdad, entre otros, que rigen el procedimiento de contratación, principios que no se ven afectados propiamente por la falta de publicación de los documentos mencionados por la Recurrente en su escrito.

En segundo lugar, descartada la existencia de una causa de nulidad específicamente contractual, debe rechazarse asimismo que el defecto invocado pueda considerarse generador de nulidad de pleno derecho o anulabilidad desde la perspectiva del procedimiento administrativo. De una parte, el artículo 47.1 de la LPAC reserva la aplicación de su letra e) a los casos en los que el defecto procedimental es de tal entidad que equivale a la práctica inexistencia del mismo. Pues bien, nada alega la recurrente sobre el perjuicio que le ha causado la ausencia de publicación en el perfil del contratante de la convocatoria para el trámite de la apertura de las proposiciones



económicas o el desconocimiento de las puntuaciones atribuidas en virtud de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor; de hecho, consta en el expediente que accedió electrónicamente a la documentación. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la apertura pública de los sobres que contienen la oferta económica no era en este caso preceptiva por ser un procedimiento con licitación electrónica (artículo 157.4 de la LCSP). Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

[Resolución 29/2021](#)

En primer lugar, y respecto a la solicitud de nulidad de pleno derecho por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento (artículo 47, e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPA), debe señalarse que no procede su estimación, pues consta en el expediente tanto el acta de apertura del Sobre “B” como el informe de 11 de noviembre de la Dirección promotora, los cuales fueron publicados en el perfil de contratante en fecha 29 de diciembre (fecha de presentación del recurso). Al respecto debe indicarse que la mera falta o retraso de la publicación en el perfil del contratante no tiene encaje en ninguno de los supuestos de invalidez establecidos en los artículos 38 y 39 de la LCSP, y ha sido voluntad del legislador reservar la sanción de nulidad de pleno derecho específicamente contractual en los casos de defectos de publicación a los que afectan, según el artículo 39.2 c) de la LCSP, a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135.

[Resolución 66/2021](#)

El recurrente alega que se ha infringido el artículo 151 de la LCSP al no haberse publicado el acuerdo de adjudicación. Al respecto, consta en el expediente que se han publicado en el perfil del contratante los datos relativos a la adjudicación, la fecha de la misma y los informes de valoración de los criterios de adjudicación junto con sus actas. Por otro lado, aparece igualmente en el expediente que fue notificada a los



licitadores la adjudicación del contrato. Ante este concreto reproche que efectúa la recurrente, debe indicarse que la mera falta o retraso de la publicación en el perfil del contratante no tiene encaje en ninguno de los supuestos de invalidez establecidos en los artículos 38 a 40 de la LCSP, y que ha sido voluntad del legislador reservar la sanción de nulidad de pleno derecho a los casos que afectan, según el artículo 39.2 c) de la LCSP, a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135. Por ello, la infracción denunciada, en el peor de los casos, sería una irregularidad no invalidante (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, en adelante LPAC). En cualquier caso, no se aprecia indefensión de la recurrente, pues consta en el expediente la práctica de la notificación de la adjudicación con fecha 5 de febrero de 2021 de la forma requerida en el artículo 151 de la LCSP, que ha permitido que haya podido interponer un recurso debidamente fundado.

[Resolución 135/2022](#)

La recurrente alega que en el acta de apertura del sobre B no se registra que se produjese la lectura de los valores indicados por los licitadores de los criterios automáticos 2 y 3, lo cual contradice lo establecido en la cláusula 17.2 relativa a la apertura de sobres y lectura de ofertas. A juicio de este Órgano, dicha circunstancia carece de cualquier carácter invalidante, pues los datos relativos a dichos criterio aparecen tanto en la propuesta de adjudicación como en la propia resolución de adjudicación, notificadas ambas a la recurrente. Por otro lado, la recurrente no alega el concreto perjuicio que dicha circunstancia le ha producido ni ha solicitado la revisión o vista del expediente a los efectos de comprobar la exactitud o veracidad de la información relativa a dichos criterios. Por ello, este motivo impugnatorio debe desestimarse.

4.5.3. La caducidad no es aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato

[Resolución 125/2018](#)



El único motivo que fundamenta la pretensión es que el procedimiento de adjudicación en el que se inserta el acto impugnado ha caducado, lo que conllevaría el archivo del procedimiento. A juicio de este OARC / KEAO, dicha pretensión debe desestimarse por no ser aplicable la figura de la caducidad a los procedimientos de adjudicación. A continuación se expresa el criterio de este Órgano sobre todo ello.

Es doctrina reiterada de los órganos y tribunales administrativos encargados de la resolución de los recursos especiales (ver, por todas, la Resolución 500/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), que este OARC / KEAO comparte, que la institución de la caducidad no es aplicable a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (cuestión distinta es la de su virtualidad en otros procedimientos previstos en la legislación contractual, como, por ejemplo, el de resolución del contrato). La razón principal es que el TRLCSP (como ahora la LCSP) no contempla la invalidez de la adjudicación por haber sido dictada una vez superado el plazo legalmente previsto. Ello implica que debe aplicarse el principio general contenido en el artículo 48.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, que establece que el dictado extemporáneo del acto solo conlleva invalidez cuando lo impone la naturaleza del citado plazo o término. En este caso, de la propia norma se puede deducir la inexistencia de vicio invalidante porque ella misma señala consecuencias diferentes de la anulabilidad (especialmente, indemnización, en su caso, y derecho a retirar la oferta con los requisitos del 161.4 del TRLCSP). Consecuentemente, el motivo de impugnación debe desestimarse.

4.5.4. La página web del poder adjudicador no cumple los requisitos exigidos al perfil ni está integrada en una plataforma de contratación

[Resolución 62/2018](#)

La primera cuestión planteada por el recurso es cuál es la normativa a la que debe sujetarse el contrato. Mientras el recurrente entiende que debe aplicarse la LCSP, el poder adjudicador y el alegante estiman que el contrato se rige por el TRLCSP, como se establece en los pliegos. La apreciación de este OARC / KEAO debe partir de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP (titulada



“Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”), cuya literalidad es la siguiente:

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. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

A la vista de esta redacción, es claro que el punto crítico del procedimiento de adjudicación que dirime si un concreto expediente debe regirse por una u otra normativa es la publicación de la “correspondiente convocatoria”, de modo que la publicación hasta el 8 de marzo determina la inclusión en el ámbito objetivo del TRLCSP y la publicación el día 9 de marzo¹⁰ o fecha posterior implica la sujeción a la LCSP. En el expediente consta que la publicación en el BOG se produjo el día 9 de marzo. Por lo que se refiere a la publicación en el perfil del contratante, el poder adjudicador afirma que en el punto 9 del anuncio (“Otras informaciones”), suscrito por la alcaldesa con fecha 2 de marzo, ya se señala que los pliegos de la licitación están disponibles en la página web del Ayuntamiento, lo que supondría una publicación anterior al 9 de marzo y, consecuentemente, la aplicación del TRLCSP. Este OARC / KEAO no comparte esta alegación; en primer lugar, la publicación de los pliegos no es ni puede identificarse en forma, contenido o finalidad con la publicación del anuncio de licitación, y en segundo lugar, no consta que la página web municipal señalada (www.astigarraga.eus) cumpla los requisitos técnicos legalmente exigidos al perfil del contratante, como contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo; tampoco consta la inserción del anuncio en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi o en la del estado (ver, por ejemplo, los artículos 53 y 334.5 del TRLCSP). Consecuentemente, el único anuncio de licitación de cuya fecha consta certeza es el publicado en el BOG de 9 de marzo, lo que supone que el régimen jurídico aplicable es el de la LCSP. Dado que la fecha de publicación del anuncio está señalada en la Disposición Transitoria Primera como un hecho objetivo, es irrelevante que tal fecha

¹⁰ Fecha de inicio de entrada en vigor de la LCSP (que se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 272 del día 9 de noviembre de 2017), según su Disposición Final Decimosexta.



se haya podido retrasar por causas no imputables al Ayuntamiento. No obstante, no puede dejar de mencionarse que el envío del anuncio al BOG se produjo el 2 de marzo y que el artículo 12 de la Norma Foral 5/2007, de 27 de marzo, reguladora del BOG, modificada por la Norma Foral 1/2015, establece, para la publicación de la documentación remitida, un plazo general máximo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su entrada en el registro y un plazo excepcional de tres días hábiles si el órgano remitente lo solicita como urgente (en este caso, consta que expresamente se calificó como “no urgente”), contados a partir del día hábil siguiente al registro o a la justificación del pago; por lo tanto, no puede decirse que haya habido retraso por parte del BOG.

La aplicación de la LCSP supone que debe anularse la cláusula 21 (por error, el recurso habla de la cláusula 31, que no existe), que en su apartado 1 establece que, para lo no previsto en los pliegos, el contrato se regirá por el TRLCSP. Aunque el recurso indica que la diferencia entre ambas normas es fundamental en materias esenciales, lo cierto es que, además de una referencia genérica a la solvencia, solo se menciona expresamente la diferente regulación del plazo máximo de los contratos de servicios de tracto sucesivo, que es de cinco años en el artículo 29.4 de la LCSP, lo que contradice la cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece un plazo máximo de 6 años. A partir de ahí, no es compatible con el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) ni con la propia naturaleza del recurso, que un procedimiento impugnatorio se convierta en una denuncia o solicitud de que este OARC / KEAO haga una revisión general del expediente a la búsqueda de infracciones de la LCSP que el recurrente no ha sido capaz de concretar (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO).

4.5.5. Diferencia entre procedimiento y expediente

[Resolución 33/2021](#)

El recurso señala que no constan en el expediente las dos primeras solicitudes de acceso al mismo formalizadas por TECUNI. Este motivo debe desestimarse, pues dicha “incompletitud del expediente” no es una irregularidad procedimental que pueda viciar



el acto impugnado. Debe recordarse que, según el artículo 70.1 de la LPAC, el expediente administrativo es “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla” (así, un expediente “tiene formato electrónico” o “se remite”). Por el contrario, según la Exposición de Motivos de la LPAC, un procedimiento administrativo (como el procedimiento de adjudicación) es un “conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración” (así, un procedimiento “se inicia”, “se tramita” o “se resuelve”). Los vicios que pueden determinar la nulidad o anulabilidad de un acto son los que afectan a los trámites del procedimiento previo a su dictado. Por el contrario, carece de virtualidad invalidante alguna que en el expediente puesto a disposición de la recurrente en el trámite de acceso no consten (o que no se le hayan exhibido) los mencionados documentos, ya que ello no supone ninguna irregularidad procedimental sustancial o produce indefensión (por ejemplo, porque impide probar un hecho alegado en el recurso). En este caso, el recurrente ni alega ni prueba dicha irregularidad o indefensión, y este Órgano tampoco la observa. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.



5. Pliegos del contrato

5.1. Cuestiones generales

5.1.1. Correcta definición del objeto

[Resolución 138/2018](#)

El poder adjudicador goza de discrecionalidad para configurar el contrato de la forma que le sea más favorable y goza de la libertad para incluir los pactos, cláusulas y condiciones que estime oportunas, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (artículo 34 LCSP). En este sentido, el recurrente no alega norma jurídica alguna que se vea contravenida por el establecimiento de la estipulación impugnada y sus argumentos se centran en querer eliminar el riesgo y ventura de la ejecución del contrato, que debe ser asumida por el contratista (artículo 197 LCSP) y en la invocación de una práctica del sector respecto de la facturación de sus servicios que no descarta otras formas de ejecutar la prestación y de facturarla. En suma, el recurrente pretende reducir o eliminar el riesgo y ventura propia de toda actividad empresarial y realizar una configuración de la obligación que le sea favorable pretendiendo imponérsela al órgano de contratación.

Especialmente, este OARC / KEAO considera que no se ha acreditado que el poder adjudicador haya diseñado el contrato de modo contrario a los principios generales de la contratación pública o de forma arbitraria o caprichosa, por el contrario, el poder adjudicador justifica la oportunidad de que los licitadores oferten precios unitarios máximos en la necesidad de controlar el coste de los servicios demandados.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que esta configuración del contrato no ha impedido al recurrente ni al tercero interesado presentar oferta en el procedimiento de adjudicación.

[Resolución 162/2018](#)

El recurrente alega que el lote 1 del presente expediente de contratación está licitado y adjudicado a la propia recurrente mediante el Acuerdo Marco para el suministro de



equipos de infusión para las OSIs de Osakidetza. El propio poder adjudicador confirma dicha circunstancia, por lo que existe una infracción de la LCSP, 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 (artículo 28.1 LCSP). 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, nunca ampararía la duplicidad de objeto, porque ello significaría una doble asignación de recursos públicos para atender la misma necesidad (ver, por ejemplo, las Resoluciones 18 y 52/2015 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse.

[Resolución 186/2018](#)

Como repetidamente ha manifestado este Órgano resolutorio, el Órgano de contratación goza de discrecionalidad en el momento de configurar el objeto del contrato (ver, entre otras, la Resolución 84/2017 de este OARC/KEAO), lo cual implica que puede definirlo en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que pretende satisfacer (artículo 99 de la LCSP) sin tener que ajustarse a un esquema determinado, tal y como pretende el recurrente. En el supuesto que nos ocupa, la obligación de mantener actualizado el inventario no es una estipulación ajena a la prestación principal; en este sentido, el artículo 126 de la LCSP, permite que las prescripciones técnicas se refieran al proceso o método específico de prestación de los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material del servicios siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Por otro lado, el recurrente no ha acreditado que la inclusión de esta prestación en el contrato limite indebidamente el acceso al procedimiento de adjudicación ni que sea una fusión arbitraria de servicios heterogéneos con la intención fraudulenta de perjudicar o favorecer a un cierto operador económico o grupo de operadores (ver, por analogía, el artículo 34.2 de la LCSP y la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).



Resolución 87/2019

A la vista de lo anterior, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello, las cuales deben partir de lo establecido en la sentencia 230/2018, que resuelve litigios similares al ahora analizado; en concreto, es necesario verificar los motivos alegados por el poder adjudicador para proceder a la contratación impugnada y contrastarlos con los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan la externalización (Decreto 106/2008 y Acuerdo de Mesa General).

a) Sobre la motivación de la necesidad de la contratación

En síntesis, Osakidetza indica en la memoria de inicio del procedimiento de adjudicación que la contratación es obligada por la alta especialización técnica necesaria para la ejecución del contrato, que supera con mucho la que precisa el personal propio para sus tareas habituales, siendo inconveniente e imposible la reorganización de dicho personal. Asimismo, se alega, como argumento para medir la excepcionalidad de la externalización, el escaso importe del contrato en relación con el gasto global del contrato de limpieza integral del Hospital que fue anulado por la Resolución 45/2017 del OARC / KEAO.

b) Sobre el alcance de la limitación de la externalización

A falta de la interpretación que las partes signatarias dan a los Acuerdos, plasmada en los foros bilaterales en ellos previstos (ver, por ejemplo, la Comisión de Seguimiento señalada en el punto 6.4 del Acuerdo de Mesa General), deben formularse las siguientes observaciones al respecto:

b 1) Sobre la sentencia 230/2018

De esta sentencia son especialmente interesantes, por su aplicación al caso concreto, los siguientes aspectos:

- como bien señala Osakidetza, la base del sentido de la sentencia no es la infracción de los acuerdos de negociación colectiva (los motivos planteados al respecto quedan



“imprejuzgados”, según señala el Fundamento jurídico sexto), sino la omisión en el expediente de la preceptiva motivación de la necesidad del contrato, exigida por los artículos 22.1 y 109.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (equivalentes a los actuales artículos 28.1 y 116.4 e) de la LCSP), cuestión planteada por el propio Tribunal (ver el Fundamento jurídico quinto de la sentencia 230/2018).

- la motivación de la externalización de los servicios debe ser especialmente rigurosa habida cuenta de que se ha asumido “un claro compromiso de prestarlos a través de medios propios, y según sostienen los sindicatos recurrentes, cuenta con personal para llevarlos a cabo”.

- la sentencia abre la posibilidad, en su Fundamento jurídico quinto, de que Osakidetza pueda invocar en el expediente de contratación alguna circunstancia específica concurrente que pueda motivar la excepcionalidad que permitiría las contrataciones de servicios que tengan por objeto actividades no implantadas o que implantadas no estuvieren contratadas a fecha 1 de enero de 2010 (fecha de inicio de la vigencia del Acuerdo de Mesa General). A juicio de este Órgano, ello implica que el TSJPV parece entender que la prohibición de externalización admite excepciones debidamente justificadas, dado que, de lo contrario, sería completamente irrelevante reprochar la falta de una motivación que, de aportarse, tampoco permitiría fundamentar una contratación incluida en el ámbito objetivo de los Acuerdos.

b 2) Sobre las finalidades de la limitación de la externalización

Es oportuno recordar que dicha limitación obedece a dos finalidades. En primer lugar, responde a una cierta concepción del sector público que opta por la asunción de los servicios a los ciudadanos con personal propio como un “valor preferente” (Acuerdo de la Mesa General) o como una muestra de la apuesta por un “sistema global de nuestro sistema sanitario” (Decreto 106/2008); además, desde el punto de vista sindical, se trata de dar estabilidad y mayores posibilidades de promoción y movilidad a los empleados públicos (o aspirantes a serlo) que desempeñen las funciones objeto de externalización.

c) Sobre la suficiencia de la motivación de la externalización



A juicio de este OARC / KEAO, la justificación de Osakidetza, analizada en su globalidad y desde la perspectiva señalada en las letras a) y b) anteriores, es suficiente para sustentar la legalidad del acceso a la externalización en este caso concreto por las razones que se exponen a continuación:

1) Habida cuenta de que se trata de una actividad puntual y de escasa importancia económica si se considera dentro de la totalidad de los servicios de limpieza que precisa el Hospital, que además no repercute directamente en la atención a la ciudadanía, no parece que la externalización sea incompatible con la visión de los servicios públicos que los acuerdos dicen defender.

2) La alta especialización necesaria para la ejecución del contrato permite descartar razonablemente la posibilidad de que el personal propio realice las funciones descritas en el contrato o que vaya a procederse a una ampliación o reorganización de la actual plantilla y de las funciones atribuidas a los actuales puestos. Debe tenerse en cuenta que la prestación que se pretende contratar y que el recurrente estima que podría asumirse por el personal propio, en los términos en los que discrecionalmente la ha configurado Osakidetza, requiere cualificación específica en destrezas tales como el trabajo en altura, manejo de medios técnicos de los que no dispone Osakidetza, seguridad y prevención o uso de productos de limpieza tóxicos.

[Resolución 212/2019](#)

En las resoluciones anteriormente citadas el OARC/KEAO ha concluido que, en lo que respecta a la delimitación del objeto del contrato, los Acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de ciertos servicios son parte del “fondo parcialmente reglado” que el poder adjudicador debe respetar cuando ejerce su potestad discrecional de autoorganización para determinar si presta un servicio con sus propios medios o con medios ajenos, y cuya infracción es parte del núcleo material del acto discrecional que forma parte del control de legalidad atribuido al recurso especial.



Resolución 50/2020

Si bien el Órgano de contratación goza de discrecionalidad en el momento de configurar el objeto del contrato (artículo 99 de la LCSP) esta libertad no puede ser tan amplia que no identifique las necesidades a satisfacer mediante la celebración del contrato. A este respecto, son varios los preceptos de la LCSP en los que se impone al órgano de contratación esta obligación que obedece a la finalidad de que el contrato que se licite esté debidamente meditado y planificado. Así, el artículo 1 de la LCSP exige que la contratación de servicios defina previamente las necesidades a satisfacer, el artículo 28.1 de la LCSP exige que la documentación preparatoria del contrato determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato, el artículo 67.2.b de la LCSP exige, como uno de los datos que debe contener el pliego de cláusulas administrativas particulares, el de las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y el artículo 145.4 de la LCSP dispone que los órgano de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura. Llegados a este punto, se observa que en el contrato que nos ocupa son varios los principios de la contratación pública infringidos y que dan lugar a la estimación del recurso:

- 1) Se pretende la redacción de un proyecto de ejecución de una obra pública cuyo uso y destino se desconoce al momento de la convocatoria de la licitación, siendo posible que cubra necesidades de lo más dispares como la de servir de museo, restaurante-alojamiento o centro náutico polifuncional, que requerirán cada una de ellas de una solución arquitectónica diferente. Consecuentemente, se puede afirmar que el objeto del contrato carece de la certeza necesaria porque no existe, como ya se ha indicado, una definición previa de la necesidad a satisfacer (artículo 1 de la LCSP) entendida ésta en el contrato que nos ocupa como la identificación del destino del bien a restaurar o rehabilitar. Téngase en cuenta que la determinación supone que haya identificabilidad y, con la excepción de una preferencia por la opción 2 (con su correspondiente alternativa), los documentos contractuales proyectan incertidumbre acerca del



destino del edificio y, consecuentemente, sobre la realidad sobre la que debe versar el proyecto de obra a cuya ejecución se compromete el licitador en caso de ser adjudicatario.

- 2) La falta de determinación se proyecta sobre todo el procedimiento de adjudicación. En concreto, (i) sobre las prescripciones técnicas que no definen las funcionalidades a satisfacer por la prestación demandada lo que impide que el licitador conozca si lo que finalmente deberá proyectar será una obra de restauración por haberse decidido mantener la función original del edificio si se opta por la opción 1 (artículo 232.6 de la LCSP) o una obra de rehabilitación (artículo 232.7 de la LCSP) si se opta por el resto de las soluciones propuestas en las que se otorga al edificio una nueva funcionalidad diferente a la original, (ii) sobre el plazo de ejecución y el presupuesto base de licitación ya que el contenido del proyecto podrá ser diferente según la funcionalidad a la que finalmente se decida destinar el edificio, (iii) sobre los criterios de adjudicación, ya que al no estar definidas las necesidades a satisfacer y debiendo versar la oferta sobre la profundización de un documento que propone hasta un total de cinco alternativas divergentes, conceden al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada entre las propuestas presentadas, lo cual es contrario al artículo 145.5.b de la LCSP, y (iv) sobre la oferta que ha de realizar el licitador, que se encuentra frente a unas reglas de presentación de la oferta y adjudicación del contrato que no son claras y transparentes.
- 3) La inconcreción del objeto del contrato se plasma muy visiblemente en el criterio de adjudicación “Memoria técnica” que en el criterio secundario “Análisis de la documentación existente” valora la profundización en el análisis y nivel de estudio del “Informe previo” (hasta 8 puntos) y la calidad urbanística formal y de implantación de la propuesta, el diseño y soluciones planteadas (hasta 6 puntos). Esto es, el criterio versa sobre el examen de un documento del año 1992 que propone varias opciones de uso o destino del edificio a proyectar y los licitadores en sus ofertas deben analizarlas todas por lo que, en realidad, la oferta contractual versa sobre el análisis de las diversas funcionalidades a los que se ha de destinar el edificio, no sobre una propuesta de un proyecto de ejecución de la obra, por lo que es razonable concluir que el destino de la obra



a proyectar se decidirá una vez adjudicado o formalizado el contrato. A este respecto, 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, lo que se produce en este caso si la función del edificio se define con posterioridad a su adjudicación o formalización (ver, en este sentido, la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO).

[Resolución 93/2020](#)

Finalmente, debe recordarse que la discrecionalidad del poder adjudicador para fijar el objeto del contrato no está limitada por el contenido de contratos anteriores similares (ver, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 70/2018 del OARC /KEAO).

[Resolución 121/2021](#)

En síntesis, el debate planteado por el recurso versa sobre la configuración del objeto del contrato y, en concreto, si el poder adjudicador está obligado a incluir en él el mantenimiento de un determinado espacio público (el camino de acceso a las instalaciones de la mercantil recurrente). A este respecto, el recurrente alega falta de justificación del objeto contractual y vulneración de la LBRL que obliga al mantenimiento de los caminos de dominio y uso público local. Con independencia de si el citado camino está incluido en el objeto del contrato con otra denominación, este OARC / KEAO considera que el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) Es doctrina reiterada de este Órgano (ver, por todas, la Resolución 094/2019) que el poder adjudicador dispone de una amplia discrecionalidad para configurar el objeto del contrato de acuerdo con las necesidades de interés general que este pretende satisfacer, sin que los potenciales licitadores o, como en este supuesto, un interesado en la prestación del servicio puedan reclamar



válidamente que dicha configuración se ajuste a un determinado esquema que les sea más favorable. Por consiguiente, los límites de esta actuación del poder adjudicador son los propios de las potestades discrecionales, especialmente el respeto al fondo reglado y a los principios generales del artículo 1.1 LCSP, así como el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de la buena administración a los que se refiere el artículo 34.1 LCSP.

- 2) A este respecto, el recurrente no acredita que se haya infringido ninguno de los límites generales jurídicamente impuestos a la discrecionalidad que le asiste al poder adjudicador a la hora de configurar el objeto del contrato. En concreto, ningún precepto de la LCSP obliga al poder adjudicador a tener que justificar exhaustivamente todas y cada una de las prestaciones o extensión de las mismas contenidas u omitidas en el objeto del contrato. Por el contrario, la obligación de que justificar las necesidades a las que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes, y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional (artículo 116.4.e) de la LCSP) consta, aunque sea de forma somera, en el expediente de contratación remitido, en concreto, en el documento denominado “Informe de necesidad servicio de jardinería.pdf”.
- 3) Como bien afirma el poder adjudicador en su informe de oposición al recurso, la prestación de los servicios a los que está obligada una administración no obliga a acudir en todo caso a un contrato público (ver, en este sentido el considerando 5 de la Directiva 2014/024), sino que dichas necesidades, en este caso las de la recurrente, pueden ser satisfechas de otras formas, como por ejemplo, a través de los medios personales y materiales propios de la administración (Brigada de Obras Municipal o medio propio de jardinería), sin que el recurrente pueda exigir que el servicio pueda ser prestado de una determinada forma y sin que este OARC / KEAO pueda sustituir la discrecionalidad que le asiste al poder adjudicador en esta cuestión.



[Resolución 199/2021](#)

Aunque la prohibición que pesa sobre el producto debatido y los aparatos que lo utilicen no figura en los pliegos de la licitación, debe tenerse en cuenta que el Reglamento 1005/2009 es taxativo en prohibir, en general, el uso y la introducción en el mercado de productos y aparatos que contengan sustancias reguladas. Por lo tanto, no se trata del incumplimiento de un requisito contractual exigible a la proposición del licitador, sino de un requerimiento previo a la misma licitación, de origen legal y cuya infracción impide la válida comercialización del bien ofertado (ver la Resolución 31/2020 del OARC / KEAO, así como el artículo 1271 del Código Civil que establece que solo pueden ser objeto de contrato “las cosas que no están fuera del comercio de los hombres” o “los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”).

[Resolución 121/2022](#)

El hecho de que en la segunda cláusula del PPT no se haga mención a todas y cada una de las funciones que se vayan a poder realizar durante la ejecución del contrato, y se señale que se hace a modo orientativo, no implica de modo alguno la indeterminación del contrato que se alega. Antes al contrario, lo que pretende dicha cláusula, a juicio de este Órgano, es detallar en lo posible las funciones más habituales que se realizan en este tipo de contratos, sin que quepa interpretar que se permite cualquier tipo de encargo sin tener en cuenta el contenido íntegro y global de la prestación descrita en las cláusulas primera y segunda del PPT, y que además viene acompañado de un planning orientativo del horario en la cláusula cuarta del pliego técnico. En definitiva, se hace complicado comprender para este Órgano que se vayan a poder encargar y realizar funciones muy distintas de las planteadas en el listado o que, no habiendo sido descritas, no se encuentren relacionadas con el concreto objeto del contrato.

[Resolución 040/2023](#)

El recurrente alega que los pliegos configuran la prestación como una obligación de medios, sin flexibilidad para el contratista. Concretamente, se alega que los citados



pliegos fijan unas horas mínimas de prestación del servicio y prevén que su no cobertura penalice la retribución del contratista. Todo ello sería contrario a la configuración de los contratos de servicios como obligaciones de resultado (artículo 17 de la LCSP). A juicio de este órgano, este motivo de recurso no es aceptable por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano ha venido sosteniendo que, para delimitar el objeto del contrato y su clausulado, el poder adjudicador está amparado por una amplia discrecionalidad técnica para definir la mejor forma de satisfacer el interés general implicado en el contrato, sin que los operadores económicos o sus representantes puedan exigir una configuración de dicho objeto que les sea favorable. Consecuentemente, son aplicables los límites típicos de las potestades discrecionales, como son el respeto a los principios generales de la LCSP (especialmente, al principio igualdad de trato) y a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LCSP, que exige que el contenido del contrato se ajuste al interés público, al ordenamiento jurídico y al principio de buena administración (ver, por ejemplo, las Resoluciones 138 y 186/2018 del OARC / KEAO).
- 2) A la vista del punto 1) anterior, se considera que de la crítica de ASPEL no puede deducirse una configuración ilegal del contrato. Más allá de que también sean posibles otros sistemas, el establecimiento de un número de horas mínimas de prestación del servicio puede ser una medida adecuada para garantizar su calidad, especialmente si además se establecen con claridad los servicios requeridos y las frecuencias o periodicidades exigidas. La regularización de los pagos mensuales por incumplimiento del número de horas mínimas no puede entenderse como una estipulación contraria a Derecho, pues responde simplemente al incumplimiento de una cláusula del PPT y del programa de trabajo presentado por el propio contratista y aprobado por el poder adjudicador (ver la Cláusula específica 5.2 del PCAP).
- 3) Por otro lado, no se comparte el argumento de que los pliegos desvirtúan la definición legal del contrato de servicios como “obligación de resultado”, la cual se derivaría del artículo 17 de la LCSP por ser contraria a la misma literalidad de dicho precepto, que establece que “Son 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 suministro”. Consecuentemente, es posible definir el objeto contractual en forma de resultado (dejar el local en ciertos niveles verificables de limpieza) o de actividad (limpiar la oficina cuatro horas al día) o combinando ambas modalidades.

5.1.2. División en lotes

[Resolución 98/2018](#)

Por ello, este Órgano aprecia que el poder adjudicador ha infringido los límites de la discrecionalidad al justificar la no división en lotes por ser la motivación incoherente con lo exigido por los documentos contractuales, por lo que debe estimarse este motivo impugnatorio con el alcance que se especifica en el fundamento jurídico décimo de esta resolución.

[Resolución 175/2018](#)

En anteriores ocasiones (ver, por todas, la Resolución 40/2018), este OARC / KEAO ha señalado que la discrecionalidad 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 con uno u otro criterio (ver, por ejemplo, la Resolución 17/2018), si bien el artículo 99.3 de la LCSP establece la preferencia de la división por lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, debiéndose justificar debidamente en el expediente la opción de no dividir. A partir de esta consideración, este Órgano únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad, (ii) si comprobara que la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o (iii) si constara la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.



[Resolución 3/2019](#)

El artículo 99.3 de la LCSP es claro en establecer que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, si bien el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el contrato cuando existan motivos válidos que deberán justificarse debidamente en el expediente. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de no dividir, por lo que no es posible sustituir este trámite por una justificación posterior; además, dicha motivación posterior no cumpliría con la función de informar de las razones discrecionalmente empleadas por el poder adjudicador para optar por la no división para, en su caso, poder ser impugnados por los interesados (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO) o poder este Órgano verificar su legalidad. De acuerdo con el artículo 99.3 de la LCSP, la obligación de motivación solo sería inaplicable cuando de la misma naturaleza u objeto de la prestación se desprenda la imposibilidad material de la división, lo que no sucede en este caso, en el que, a la vista del PPT, el contrato podría, en principio, separarse con criterios, por ejemplo, territoriales (campus universitarios) o funcionales (tamaño, molécula...), sin perjuicio de que, a pesar de ello, la UPV / EHU pudiera haber alegado argumentos válidos para adjudicar el contrato sin división (ver las letras a) y b) del artículo 99.3 de la LCSP).

[Resolución 12/2019](#)

A falta de dicha explicación, este Órgano considera que la división practicada es artificiosa, como se desprende del hecho de que en el lote 1 está comprendida la “planificación y ejecución de acciones” que faciliten la “apertura y disponibilidad” de los espacios e instalaciones en los que va a ejecutarse la prestación que constituye el objeto del lote 2; es decir, la división no permite la “realización independiente” característica de cada uno de los lotes, tal y como exige el artículo 99.3 de la LCSP; por el contrario, prevé la realización simultánea e interdependiente o subordinada de ambos, de modo que el lote 2 no puede ejecutarse si, por ejemplo, el contratista del lote 1 incumple sus obligaciones contractuales. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que los pliegos condicionen la formalización de dicho lote 2 a la del lote



1, de modo que, de quedar desierto este último, no se formalizaría la adjudicación del primero. Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

[Resolución 152/2022](#)

ANETRA señala que el poder adjudicador ha actuado arbitrariamente al suprimir la limitación del número máximo de lotes que pueden adjudicarse a un mismo licitador (artículo 99.4 de la LCSP) sin justificación alguna. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano viene señalando que, para la configuración del contrato, el poder adjudicador goza de una amplia discrecionalidad, constreñida únicamente por los límites que, en general, afectan a cualquier potestad discrecional, especialmente el respeto al fondo reglado de la misma y a los principios generales de la contratación pública (ver, por todas, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO); en cambio, el órgano de contratación no está condicionado por el contenido de contratos precedentes (ver la Resolución 84/2017). Asimismo, es el recurrente quien tiene que acreditar la infracción de los citados límites, más allá de que la configuración elegida le sea más o menos inconveniente (ver, por ejemplo, la Resolución 182/2019).
- 2) En este caso, el recurrente no prueba ni acredita, más allá de manifestaciones sobre la oportunidad de mantener la cláusula establecida en contratos anteriores, ninguna infracción legal. Por otro lado, debe señalarse que el artículo 99.4 de la LCSP exige la debida justificación expresa en el expediente de la decisión de limitar el número máximo de lotes que pueden adjudicarse al mismo licitador, pero no pide dicha justificación para la opción de no establecer límite alguno.

[Resolución 180/2023](#)



Sobre la división por lotes, este Órgano ya ha indicado en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 182/2019) que la decisión de adjudicar o no el contrato por lotes, así como la elección de los criterios con los que se estructure ésta (territoriales, funcionales, etc.) en el caso de que se opte por la partición, se insertan dentro de la facultad discrecional que asiste al poder adjudicador para configurar el objeto del contrato de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés general (ver, por todas, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO).

Como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos (singularmente, a este OARC / KEAO) emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este núcleo figuran, por citar los elementos más relevantes para el caso estudiado, el fondo parcialmente reglado de la potestad y el respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, a los recogidos en el artículo 1 de la LCSP, entre los que se encuentra el análisis de si la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores (ver, en este sentido la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).

En cuanto al fondo parcialmente reglado, hay que señalar que la división del contrato en lotes, que la LCSP considera ahora como la opción preferente (ver el artículo 99.3 de la LCSP y, por ejemplo, la citada Resolución 136/2018) es, en cierto sentido, una excepción a la clásica regla de prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato contenida ahora en el artículo 99.2 de la LCSP. El fundamento de la excepción radica, en primer lugar, en que la división en lotes no altera drásticamente las normas procedimentales y de publicidad que se habrían aplicado aunque no hubiera existido dicha división, resultado fraudulento que el principio general pretende evitar (artículo 99.6 de la LCSP) y, en segundo lugar, lo que es más importante para este caso, en que no se trata de una partición caprichosa en prestaciones sin identidad funcional propia (claro indicio del carácter fraudulento del fraccionamiento); por el contrario, el artículo 99.3 de la LCSP recuerda que cada lote debe ser susceptible de “realización independiente” (ver, en este sentido la Resolución 12/2019 del OARC / KEAO).

Por lo que se refiere a los principios generales, es especialmente relevante determinar si la decisión de dividir y la elección de los criterios de la división se sustentan en



razones atendibles que los justifican y que descartan una actuación arbitraria del poder adjudicador contraria a principios como el libre acceso al procedimiento de adjudicación, la igualdad de trato o la salvaguarda de la libre competencia; esta actuación se daría si, por ejemplo, la estructura del contrato a los efectos de su adjudicación se ha configurado de modo que beneficia o perjudica a un licitador o categoría de licitadores sin causa suficiente y proporcionada que lo explique. No obstante, debe señalarse que, a diferencia de lo que sucede con la decisión de no dividir, la decisión de dividir y la elección del criterio de configuración de los lotes no están sujetas a una motivación expresa que deba constar en el expediente (ver la Resolución 182/2019 del OARC / KEAO).

Finalmente, hay que señalar que los potenciales licitadores no tienen un derecho a exigir al órgano de contratación una estructura de los lotes que les sea favorable y que se imponga a la facultad de fijar discrecionalmente el objeto del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2018 del OARC / KEAO).

Sentado lo anterior, a juicio de este OARC / KEAO, la justificación de la no división en lotes contenida en la cláusula 1.2 del PCAP más arriba reproducida explica de forma suficiente los motivos que han instado al órgano de contratación a no dividir el contrato en lotes. Consecuentemente, el poder adjudicador al configurar el contrato ha tenido en cuenta la obligación que le impone la LCSP de estudiar la conveniencia de la división del contrato en lotes y, siendo su criterio contrario al del principio general de división en lotes, expresa sus razones en el propio PCAP de forma suficiente, sin que el recurrente haya acreditado que la decisión sea arbitraria y sin que este OARC/KEAO pueda ni deba sustituir la decisión adoptada en el expediente por la propuesta del recurrente (ver, por ejemplo, el Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE). Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

[Resolución 089/2024](#)

Si bien el poder adjudicador en el informe de oposición al recurso motiva la necesidad de solicitar todas las terapias disponibles para que todos los pacientes puedan disponer de la que más se adecúe a sus circunstancias, ello no justifica la agrupación efectuada.



En concreto, existen varios indicios en el expediente remitido y en las alegaciones efectuadas por los interesados que acreditan que la agrupación favorece arbitraria o desproporcionadamente a un licitador y excluye al resto, limitando así de forma indebida el acceso al procedimiento de adjudicación:

- BAXTER es, según el recurrente, la única empresa que puede presentar una proposición válida al lote 1 porque es la única que puede satisfacer el objeto del sublote 1.3. En sus alegaciones, esta empresa especifica que “(...) el monitor es el que condiciona los lotes porque es el que tiene la capacidad de hacer las terapias que el Hospital necesita por razones técnicas. En el caso del lote 1, existe, por parte del Hospital, una necesidad clínica que se encuentra ligada al monitor Artis Physio, incluido en la oferta de Baxter, S.L para el mencionado lote”, y añade que “Es el único monitor del mercado que puede llevar a cabo la terapia de Hemodiálisis con Perfil de Potasio, solicitada en pliegos por el órgano de contratación en el sublote 1.3, (...). De esta alegación se deduce que la agrupación de sublotes del lote 1 se ha efectuado teniendo en cuenta los requerimientos técnicos de un concreto monitor, el Artis Physio, sin tener en cuenta otras alternativas.
- Las razones alegadas por el poder adjudicador en su informe de oposición al recurso para justificar la agrupación en un solo lote de técnicas de hemodiafiltración y técnicas especiales se basan en la necesidad de evitar la excesiva diversificación de equipamientos y materiales porque ello (i) hace más complejo el uso adecuado y utilización de todas las prestaciones, (ii) requiere de unas necesidades de almacenaje individualizado y (iii) supone un riesgo para el cumplimiento de los criterios de seguridad y eficiencia.
- Este Órgano considera que las razones aducidas no justifican la configuración elegida; en particular, dichas razones no son proporcionales al radical efecto restrictivo de la concurrencia que produce dicha configuración y no son suficientes para descartar otros diseños de los lotes y de la agrupación de las terapias, distintos de los efectuados y más respetuosos con los principios de libre acceso al contrato y salvaguarda de la libre competencia (artículo 1.1 LCSP). En primer lugar, el problema de almacenamiento es una cuestión organizativa que no tiene por qué suponer un gran inconveniente en un supuesto como el ahora analizado; así, si las terapias especiales se licitaran de forma separada, el número de equipamiento a almacenar no se vería incrementado en gran medida debido a que éstas únicamente representan una cuarta parte del total de las terapias demandadas. Por otra parte, la agrupación del lote 1 impugnada no es



indispensable para evitar los riesgos alegados para justificarla, habida cuenta de que el equipamiento (i) será utilizado por profesionales cualificados y formados y (ii) no permanece inmutable a lo largo de la vida del contrato, ya que puede ser sustituido por otro diferente en el caso de mejoras tecnológicas (cláusula IV A 2. y 4. del PPT); en este sentido, tal y como señala el propio poder adjudicador, en la mayoría de Unidad de HD pueden coexistir materiales y equipos de dos o tres empresas diferentes. A todo ello debe añadirse que el hecho de que tan solo haya licitado una empresa a este Lote, precisamente la señalada por el recurrente como beneficiaria de la configuración arbitraria denunciada, es un indicio añadido de que dicha configuración es, en efecto, restrictiva de la competencia y del libre acceso al contrato.

Por otro lado, de las alegaciones del poder adjudicador se desprende que caben divisiones del objeto del lote 1 del contrato basadas en criterios diferentes a los que fundamentan la configuración impugnada. En este sentido, la legítima finalidad de facilitar a los pacientes todas las terapias posibles puede ser satisfecha a través de otra configuración del procedimiento de adjudicación, como separar las terapias especiales en lote o lotes diferentes y prever la posibilidad de ofertas integradoras (artículo 99.5 LCSP).

5.1.3. Requisitos de las modificaciones previstas

[Resolución 152/2018](#)

Este OARC/KEAO considera que, en términos generales, la información contenida en el anuncio del DOUE satisface los requerimientos del artículo 204 de la LCSP. En concreto, se observa que está formulada de forma clara, precisa e inequívoca, en cuanto a su contenido, se prevé la modificación respecto a los nuevos equipos adquiridos durante la ejecución del contrato y que el coste derivado de los mismos se realizará de forma contradictoria, tomando como base el coste derivado de equipos iguales o semejantes.

Ahora bien, el citado anuncio del DOUE conculca el contenido del artículo 204 de la LCSP en dos aspectos; el primero, en lo referente al porcentaje máximo de la



modificación prevista, ya que el límite marcado por el precepto legal es del 20 por ciento, no del 25 por ciento, y el segundo, en lo referido a la base respecto de la que se calcula dicho porcentaje, que debe ser el precio inicial y no el presupuesto de contrato, que es una expresión que conecta con la de presupuesto base de licitación, definido en el artículo 100 de la LCSP como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario y que, según expresamente se manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP, se trata de un concepto diferente al del precio del contrato, definido en el artículo 102 de la LCSP como el precio que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado, entendiéndose incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente. No puede aceptarse la alegación del poder adjudicador de que se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 203 de la LCSP, respetándose así el porcentaje del 20 por ciento sobre el precio inicial del contrato, por dos razones; la primera, que la ilegalidad es clara y el eventual cumplimiento de los límites impuestos por el citado precepto no puede quedar a expensas de una hipotética actuación futura del órgano de contratación durante la ejecución del contrato y, la segunda, porque se infringe el principio de transparencia, que 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 y que no se modifiquen durante todo el procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016, de este OARC/KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita) si la información facilitada a los eventuales licitadores y contenida en el valor estimado del contrato, además de no ajustarse a los requerimientos del artículo 204 de la LCSP, no concordara con los límites que el poder adjudicador dice que efectivamente va a respetar durante la ejecución del contrato.

Además del incumplimiento en cuanto a los límites permitidos de la modificación prevista, se incumple el mandato de que la previsión de la modificación se incluya en el PCAP, tal y como ordena el artículo 204 de la LCSP, a diferencia de la regulación que obraba en el derogado TRLCSP, cuyo artículo 106 permitía que la regulación de una eventual modificación del contrato constara indistintamente tanto en los pliegos como en el anuncio de licitación.



5.1.4. Documentos incluidos en el concepto de “pliegos”

[Resolución 112/2018](#)

En primer lugar, procede determinar la naturaleza de las aclaraciones de los pliegos. Debe señalarse que, en el presente caso, 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 (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajusta a ellas, son “documentos adicionales” que fijan los términos de dicho procedimiento. Consecuentemente, su adecuación a la legalidad debe poder ser revisada 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 44 y siguientes de la LCSP). En particular, si la respuesta a una consulta supone, de hecho, una modificación significativa de los



pliegos sin que ello conlleve la ampliación del plazo inicial para la presentación de ofertas (artículo 136.2 de la LCSP), existe una infracción de la legislación contractual susceptible de impugnarse mediante el recurso especial. Esta actuación infringiría los principios de transparencia e igualdad, que requieren 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 (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2015 del OARC / KEAO), lo que afecta a sus modificaciones, que deben tener la misma publicidad, en medios y forma, que el anuncio inicial.

[Resolución 157/2018](#)

Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes y consentidos una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, vinculando tanto a la Administración como a los licitadores. Además, las respuestas (aclaraciones) dadas por el poder adjudicador a las dudas de los potenciales licitadores 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 (ver, en este sentido la Resolución 112/2018), 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 (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajustará a ellas, son documentos adicionales que fijan los términos de dicho procedimiento.

[Resolución 92/2019](#)



A juicio de este OARC/KEAO esta información tiene el carácter de vinculante para los participantes en el procedimiento de adjudicación y para el poder adjudicador, a pesar de que la cláusula 14 del PCAP no establezca que las respuestas facilitadas a las aclaraciones solicitadas tendrán el carácter de vinculantes (último párrafo del artículo 138.3 de la LCSP), por las siguientes razones:

- La información publicada por el poder adjudicador es una mera aclaración, pues se limita a esclarecer las dudas manifestadas por un concreto licitador, sin introducir alteración o modificación alguna a la información contenida en el PCAP.
- La aclaración publicada por el poder adjudicador es un documento adicional que fija los términos del procedimiento de adjudicación (se refiere a la forma de presentar la proposición), por lo que entra dentro de la amplia definición de “pliego de contratación” efectuada en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, 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.
- La respuesta facilitada a la consulta efectuada por un licitador se ha publicado en el perfil de contratante, para general conocimiento del consultante y los potenciales licitadores, en el plazo establecido en el art. 138.3 de la LCSP y ha generado en ellos una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajustará a lo manifestado.
- Esta información no ha sido recurrida en tiempo y forma, por lo que su contenido rige la licitación, vinculando al poder adjudicador y a los operadores económicos que participan en ella.

[Resolución 3/2020](#)

Tal y como ha manifestado este OARC / KEAO en su Resolución 008/2016 «(...) 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).» En este sentido, tanto el PCAP como los anuncios de licitación son objeto del recurso especial en materia de contratación en un plano de igualdad, como se deduce del artículo 44.2 a) de la LCSP (ver, en este sentido, la Resolución 93/2016 de este OARC/KEAO).

[Resolución 127/2020](#)

A la vista de la peculiar ubicación de la prescripción técnica impugnada (Memoria justificativa), debe indicarse con carácter previo, que en virtud de lo establecido en el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública debe considerarse “pliego de contratación” todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, de forma que la remisión que la cláusula 22.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) hace al apartado 7 de la memoria justificativa permite considerar a esta, a todos los efectos, pliego contractual y, por lo tanto, acto recurrible y, en su caso, anulable

[Resolución 123/2021](#)

Lo expresado en el apartado 2) anterior no se contradice por el contenido de las respuestas a las consultas dirigidas al poder adjudicador. Aunque este Órgano ha señalado el valor de documento contractual de las citadas respuestas, no es menos cierto que su ámbito posible es la aclaración del contenido de los pliegos, sin que puedan modificarlos (por ejemplo, añadiendo prescripciones técnicas u obligaciones documentales del licitador que no figuran en los pliegos), pues ello supondría obviar los límites, el procedimiento y las consecuencias establecidas al respecto en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP (ver, por todas, la Resolución 25/2020 y las que en ella se citan, así como la Resolución 160/2020). Este Órgano considera que, en este caso, las respuestas de BilbaoTik son respetuosas con dicho ámbito; en particular, la respuesta a la pregunta sobre los accesos a los módulos de las personas técnicas



(calculadas en un máximo de 100 en el PPT) se limita a comunicar, de modo estimativo, el número de dichas personas que habrá de tener acceso a cada uno de los dos módulos de la aplicación. Sin embargo, el recurrente ha basado en esta respuesta su impugnación, alegando que establece una obligación contractual que debe acreditar el licitador; esta afirmación no es aceptable porque es contraria a la intención del poder adjudicador expresada en la literalidad de su respuesta, excede del alcance posible de una mera aclaración y es contraria a lo establecido en los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación.

[Resolución 173/2021](#)

Frente a la literalidad de las dos cláusulas contractuales no se puede oponer que la voluntad del poder adjudicador figuraba en el informe justificativo de la licitación publicado, asimismo, en la Plataforma electrónica de contratación. Este documento en ningún caso puede incluirse en el amplio concepto de “pliego de la contratación” definido en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE porque únicamente tiene por finalidad la motivación de las decisiones adoptadas por el poder adjudicador en el procedimiento de adjudicación. Por el contrario, las reglas que han de regir dicho procedimiento, entre las que se encuentran los criterios de solvencia, figuran insertadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 122.2 de la LCSP), siendo éste el documento al que acuden los licitadores para conocer, entre otras informaciones, la relativa a las condiciones de participación.

[Resolución 137/2022](#)

El recurso fundamenta su argumentación en los datos que figuran en un documento que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público, pero que no tiene efectos jurídicos *ad extra*, esto es, frente a terceros. Debe tenerse en cuenta que el objeto de ese documento no es “describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento”, función propia de los pliegos y otros documentos contractuales (ver el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE), sino motivar o justificar diversos aspectos del contenido y alcance de



dichos documentos (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 de la LCSP). En definitiva, la Memoria y su modelo de proposición adjunto, aun formando parte del expediente de contratación, no constituyen “Pliego” u otro documento contractual que haga surgir derechos y obligaciones entre las partes o que regule el procedimiento de adjudicación.

5.1.5. Vigencia y plazo de ejecución

[Resolución 162/2018](#)

Como puede observarse, el artículo 29 de la LCSP contiene un mandato a los órganos de contratación para que evalúen, antes de fijar la vigencia de un contrato (y debe entenderse que también antes de proceder a su posible prórroga), si la duración es adecuada al principio de concurrencia, más exactamente, a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización del objeto contractual. Esta precaución tiene la finalidad de evitar que una vigencia excesivamente prolongada restrinja la competencia y perjudique a potenciales licitadores interesados en obtener la nueva adjudicación, así como al poder adjudicador, que podría beneficiarse de mejores ofertas en un nuevo procedimiento con promoción de concurrencia. Ahora bien, el legislador también ha establecido un plazo máximo que debe ser respetado, en todo caso.

A partir de aquí, el poder adjudicador goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en la LCSP. Así, establecida por esta un plazo máximo de cinco años para los contratos de suministros, la duración del presente contrato es conforme a la normativa contractual vigente. Por otro lado, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad del poder adjudicador en cuanto a la configuración discrecional del contrato. Por todo ello, debe desestimarse este motivo impugnatorio.

[Resolución 191/2022](#)



(...) no es menos cierto que un plazo de entrega insuficiente a la vista de la complejidad de la prestación sería contrario a lo dispuesto en el artículo 29.1 de la LCSP, que establece que “la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones”. Además, podría suponer una barrera para el acceso a la licitación para ciertos operadores económicos o una ventaja arbitraria para otros y, en última instancia, una incorrecta configuración del objeto del contrato no amparada por la discrecionalidad técnica que corresponde al poder adjudicador en esta materia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 47/2016, 186/2018 y 50/2020 del OARC / KEAO).

5.1.6. Rectificaciones de los pliegos

[Resolución 112/2018](#)

Esta rectificación de los pliegos tiene carácter significativo por afectar al objeto del contrato y al alcance de las obligaciones del adjudicatario, por lo que debió conllevar el establecimiento de nuevos plazos para la presentación de proposiciones (como solicitó el recurrente), en los términos previstos en el artículo 136.2 de la LCSP, lo que no se hizo. Por otro lado, del propio expediente administrativo remitido se desprende que no todos los potenciales licitadores tuvieron conocimiento de dicha modificación al mismo tiempo, es decir, con la publicación del día 20 de junio, sino que el licitador que planteó la cuestión tuvo conocimiento de aquella dos días antes, esto es, el 18 de junio (folio 854), por lo que no todos los operadores tuvieron el mismo plazo para preparar las ofertas, contraviniendo, como decimos, los principios de igualdad de trato y transparencia. Por todo ello, este motivo de recurso debe ser estimado

[Resolución 66/2019](#)

Pues bien, de la simple lectura de la “aclaración” se desprende que el contenido de la nota no se limita a esclarecer las dudas manifestadas por los licitadores, sino que establece unas reglas no reflejadas con anterioridad en el pliego. En concreto, limita los certificados a que sean oficiales y expedidos por entidades públicas, cuando de la dicción literal del criterio de adjudicación no se desprende tal conclusión; se indica que



se valorarán certificados en calidad lingüística. De este modo, se limita el tipo de certificados en calidad lingüística a la hora de proceder a la valoración de las ofertas, lo que supone una mayor restricción del criterio que resulta sustancial, hasta el punto de que los certificados emitidos por entidades privadas no serán puntuados.

Se trata, pues, una modificación de las bases de la licitación y no una simple interpretación o aclaración, lo que supone una infracción del principio de transparencia que 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, ECLI:EU:C:2004:236) 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 a lo largo de todo el procedimiento 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. 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:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C458/03, ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO). De acuerdo con ello, los artículos 122.1 y 124 de la LCSP exigen que las modificaciones de los pliegos posteriores a su aprobación por razones diferentes al mero error material, de hecho o aritmético, conlleven la retroacción de actuaciones.

En el presente caso, se han modificado condiciones esenciales de la licitación (criterio de valoración) sin la debida publicidad (DOUE), conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP, por lo que el mero transcurso del tiempo sin haber actuado contra la supuesta aclaración, que en realidad disfraza una modificación de los pliegos, no puede ser opuesto a la recurrente, quien



confía en que una alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación. Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

Por tanto, debe concluirse que una actuación como la efectuada por el poder adjudicador resulta contraria al principio de transparencia y al de seguridad jurídica lo cual supone que la valoración del certificado de calidad lingüística efectuada conforme a la modificación irregular efectuada con posterioridad a la aprobación de los pliegos ha de anularse, debiéndose retrotraer las actuaciones para la realización de una nueva valoración del certificado de calidad lingüística aportado conforme a la dicción inicial del criterio de adjudicación.

[Resolución 112/2019](#)

El recurrente estima que es recomendable que se actualice la cláusula específica 29 del PCAP con la mención de la legislación vigente en materia de protección de datos personales. Con independencia de que del tenor literal de la alegación no se deduce claramente su carácter impugnatorio, este Órgano estima que, como bien señala el poder adjudicador, la incidencia es un error material susceptible de subsanación en los términos establecidos en el artículo 122 de la LCSP; en especial, debe tenerse en cuenta que los pliegos no pretenden crear obligaciones contractuales, sino mencionar la legislación aplicable, aunque en este caso lo hagan erróneamente, la cual vincula al contratista por su propia fuerza obligatoria y a pesar de dicho error.

[Resolución 113/2019](#)

Debe descartarse que nos encontremos ante un mero error material de los que pueden corregirse en cualquier momento de oficio o a instancia del interesado (artículos 109.2



de la LPAC y 124 de la LCSP), especialmente porque esta figura no comprende los supuestos en los que la apreciación del presunto error depende de datos que no figuran ni pueden deducirse del contexto del acto, sino que deben ser extraídos de una fuente ajena a él, como es, en este caso, la adscripción efectiva de los vehículos al servicio (ver, por ejemplo, las Resoluciones 180 y 183/2018 del OARC / KEAO), ni aquellos cuya rectificación da lugar a un acto con un contenido distinto.

Consecuentemente, en cuanto advirtió la incidencia, el poder adjudicador debió aplicar el artículo 124 de la LCSP y modificar el PPT, retrotrayendo actuaciones. Para llegar a esta conclusión no es necesario que este OARC / KEAO determine si la infracción fue o no determinante de la adjudicación impugnada, pues lo relevante es que los pliegos que han regido la licitación no contenían, como pide el artículo 122.2 de la LCSP, el verdadero alcance de los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, el cual solo era conocido por uno de los licitadores, lo que vicia todo el procedimiento de adjudicación.

FCC y el poder adjudicador alegan que el recurrente pudo tener conocimiento de la existencia de los tres vehículos omitidos en el Anexo I del PPT y de su condición de disponibles para la ejecución del contrato mediante la información posterior publicada en la Plataforma de Contratación o en la visita de inspección ofrecida a los licitadores en el apartado 8 del PPT y a la que la UTE no asistió. Estas alegaciones no son aceptables. Por mucha relevancia jurídica que pueda tener la información publicada en la Plataforma para aclarar diversos aspectos de la documentación contractual o del procedimiento de adjudicación, no puede sustituir a la modificación de los pliegos y la retroacción de actuaciones, único remedio de la omisión impugnada, como ya se ha señalado en la letra b) anterior; mucho menos puede reprochársele al recurrente que no haya sabido entender que dicha información debía integrarse con los pliegos originales modificando su alcance, lo que además supera con mucho lo que puede hacer una mera aclaración. En este sentido, la Resolución 66/2019 del OARC / KEAO señalaba que modificar los pliegos mediante una simple interpretación o aclaración supone una infracción del principio de transparencia que 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, ECLI:EU:C:2004:236). En el presente caso, condiciones esenciales de la licitación (referidas a las obligaciones asumidas por la Mancomunidad) no han tenido la debida publicidad, conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además del ya citado artículo 124 de la LCSP, por lo que no cabe oponer al recurrente las citadas aclaraciones; por el contrario, este debe confiar en que cualquier alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial (especialmente, la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea). Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

[Resolución 185/2019](#)

Es claro que el contenido de la nota aclaratoria trasciende con mucho del propio de una simple aclaración de cláusulas ambiguas o dudosas del PPT y supone, de hecho, una modificación muy sustancial de este documento contractual, hasta el punto de que desvirtúa la importancia de sus especificaciones, haciendo que ofertas inadmisibles con la redacción original puedan pasar a ser aceptables. Consecuentemente, se ha infringido el artículo 124 de la LCSP, que establece que el PPT solo puede ser modificado con posterioridad a su aprobación por error material, de hecho, o aritmético (lo que no sucede ni tampoco se invoca en ningún momento por el poder adjudicador) o, en cualquier otro caso, mediante la retroacción de actuaciones (que no se ha producido). La consecuencia de esta irregularidad es que el órgano de contratación no puede oponer una modificación esencial con apariencia de aclaración a los licitadores que han confiado en la inalterabilidad de los pliegos y en que cualquier cambio en los mismos se ajustaría al procedimiento correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 113/2019 del OARC / KEAO).

[Resolución 97/2020](#)



- 2) El artículo 122.1 de la LCSP establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético y que, en cualquier otro caso, dicha modificación conllevará la retroacción de actuaciones. Aunque el anuncio de licitación, en el que figura el plazo de presentación de ofertas, no es formalmente parte del PCAP, esta limitación a su modificación le es también aplicable; debe tenerse en cuenta que los anuncios de la licitación se incluyen expresamente en el amplio concepto de “pliego de la contratación” definido en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE porque también determinan ciertos elementos de la contratación o el procedimiento como, precisamente, el plazo de presentación de ofertas (ver, por todas, la Resolución 4/2020 del OARC / KEAO, que recuerda que el anuncio es un “documento contractual”).
- 3) Por otro lado, el artículo 122.1 no es sino una manifestación de dos principios generales de la contratación pública y del procedimiento de adjudicación, los de publicidad e igualdad de trato y no discriminación (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24/UE), que prohíben que los elementos fundamentales del procedimiento (como el plazo de presentación de proposiciones), en cuya estabilidad confían los operadores económicos, se puedan alterar por el poder adjudicador una vez iniciado éste fuera de los casos legalmente previstos y con el cauce procedimental, la publicidad y las consecuencias legalmente exigidas (ver, por ejemplo, la Resolución 211/2019 del OARC / KEAO). En este sentido, por lo que se refiere al plazo de presentación de ofertas, el artículo 136.2 de la LCSP solo prevé la modificación del plazo de presentación de ofertas para ampliarlo, y únicamente en los casos en los que no se hubieran atendido los requerimientos de información a los que se refiere el artículo 138.3 LCSP o se hubieran introducido modificaciones significativas en los pliegos; por el contrario, no se contempla la posibilidad de reducir el citado plazo. A juicio de este Órgano, esta reducción supondría permitir que el poder adjudicador pudiera perjudicar a los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato y que han confiado en la permanencia del plazo de presentación, al privarles de parte del tiempo del que confiaban disponer para elaborar y presentar su proposición, beneficiando a las empresas que ya la han presentado cuando se efectúa la reducción.



Resolución 160/2020

En lo que se refiere a este motivo de impugnación, el poder adjudicador admite en su informe de contestación al recurso que las fichas técnicas del punto 15 del PPT contenían alguna referencia confusa a la hora de presentar las ofertas, lo que justificaría la publicación de otras corregidas, pero sin que ello sea una modificación significativa que deba suponer la ampliación del plazo de presentación de proposiciones. Esta alegación no es aceptable; de acuerdo con el artículo 124 de la LCSP, los pliegos de prescripciones técnicas particulares solo podrán ser modificados por error material, de hecho o aritmético, y en otro caso, dicha modificación conllevará la retroacción de actuaciones. Como reconoce el propio Ayuntamiento, la corrección no obedece a uno de estos errores, por lo que es claro que, en cuanto advirtió la irregularidad, el órgano de contratación debió proceder a la retroacción de actuaciones para la aprobación de un nuevo pliego con los contenidos que se han incluido como simples aclaraciones. Debe señalarse que el artículo 136.2 de la LCSP no se opone a esta conclusión. Este precepto, en síntesis, permite ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, “sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124”. A juicio de este Órgano, la norma debe entenderse en el sentido de que autoriza la ampliación del plazo cuando se cumplan los dos siguientes requisitos, el primero de los cuales no se satisface por el acto impugnado:

- 1) Que la modificación obedezca a la corrección de un error material, aritmético o de hecho. Esta conclusión se deduce de la literalidad del propio precepto, que señala que su contenido no supone una excepción o alteración del sentido del artículo 124 de la LCSP (“sin perjuicio...”), el cual es claro en establecer la necesidad de la retroacción de actuaciones para cualquier modificación del PPT, salvo que se justifique por la corrección de uno de estos errores. Como ya se ha indicado, este último supuesto no se da en el caso analizado.
- 2) Que la modificación sea “significativa”, citando la norma un listado no exhaustivo (como se deduce de la mención “en todo caso”) en el que figura, entre otros supuestos, el cambio o variación del objeto del contrato, que es plenamente aplicable a la modificación impugnada; debe añadirse que, en



última instancia, el mismo poder adjudicador afirma en su informe que las fichas técnicas originales podían dar lugar “a confusión a la hora de presentar las proposiciones”, por lo que no puede dudarse de la relevancia del cambio para los operadores económicos interesados en el contrato.

Este Órgano entiende que el carácter significativo es el que diferencia los errores materiales, aritméticos o de hecho recogidos en el artículo 136.2 de la LCSP de los errores de la misma categoría mencionados en el artículo 124 de la LCSP, y lo que justifica el distinto tratamiento jurídico de ambos a pesar de que en ninguna de las dos procede la retroacción de actuaciones: si en el primer caso la corrección efectuada debe acompañarse de la ampliación del plazo de presentación de ofertas, en el segundo es suficiente con la aplicación de lo dispuesto en dicho precepto.

Por todo lo anterior, ha de entenderse que el poder adjudicador debió retrotraer actuaciones para la alteración de las fichas técnicas, según lo establecido en el artículo 124 de la LCSP. Debe recordarse que el OARC / KEAO ha establecido que modificar los pliegos mediante una simple interpretación o aclaración supone una infracción del principio de transparencia que 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, ECLI:EU:C:2004:236). De ello se deduce que los operadores económicos deben confiar en que cualquier alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial (ver, por todas, la Resolución 113/2019 del OARC / KEAO).

[Resolución 173/2021](#)

El artículo 122.1 de la LCSP establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético y que, en cualquier otro caso, dicha modificación conllevará la retroacción de actuaciones. Como ha manifestado con anterioridad este Órgano (ver la Resolución 97/2020) este precepto no es sino una manifestación de dos principios



generales de la contratación pública y del procedimiento de adjudicación, los de publicidad e igualdad de trato y no discriminación (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24/UE), que prohíben que los elementos fundamentales del procedimiento (entre los que se halla un criterio de selección cualitativo), en cuya estabilidad confían los operadores económicos, se puedan alterar por el poder adjudicador una vez iniciado éste fuera de los casos legalmente previstos y con el cauce procedimental, la publicidad y las consecuencias legalmente exigidas (ver en este sentido la Resolución 97/2020 del OARC / KEAO). El argumento del poder adjudicador de que el ordenamiento jurídico podría amparar una posible modificación de los pliegos en fase de licitación se refiere a pronunciamientos efectuados con base en el derogado texto refundido de Ley de Contratos del sector Público y decae ante la claridad de las reglas impuestas por los artículos 122 y 124 de la LCSP.

En el presente caso, se han modificado condiciones esenciales de la licitación (criterio de selección cualitativo referido a la capacidad económica o financiera del licitador) sin la debida retroacción de actuaciones para la aprobación de unos nuevos pliegos y su debida publicidad (DOUE y plataforma de contratación), conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP. Consecuentemente, el mero transcurso del tiempo sin haber actuado contra la supuesta aclaración, que en realidad disfraza una modificación de los pliegos, o el hecho de que las aclaraciones hayan sido publicadas con tiempo suficiente para la presentación de las ofertas, no son argumentos que puedan ser opuestos a la recurrente, quien confía en que una alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación. Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.



La contradicción entre la cláusula 2.1 del PPT y cláusula específica 22.2.2.a).3 del PCAP del procedimiento de adjudicación relativo al Territorio Histórico de Álava, relativa a la exclusión de los vehículos anteriores a una determinada fecha de primera matriculación (31/12/2009 en el PPT y 31/12/2008 en el PCAP) es reconocida por el poder adjudicador. A juicio de este Órgano, ello se debe a un error material, pues del contenido de los pliegos precedentes, conocidos por el recurrente y los operadores económicos, así como los pliegos correspondientes al Territorio Histórico de Bizkaia, es claro que la verdadera voluntad del poder adjudicador es la contenida en la cláusula 22.2.2.a).3 del PCAP. Consecuentemente, procede su corrección (artículo 122.1 de la LCSP), sin que se trate de una irregularidad que conlleve la invalidez del acto impugnado. No obstante, según cuál sea el estado de la tramitación del procedimiento de adjudicación (actualmente suspendido), el órgano de contratación deberá, en su caso, ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas.

[Resolución 065/2023](#)

El recurrente alega que la página 99 del PCAP incluye un modelo de oferta económica con cuantías erróneas. Esta alegación debe aceptarse porque es obvio que dichas cuantías no coinciden con las de la cláusula específica 3.1 del PCAP (según el recurrente, se trata de importes de una licitación anterior). A juicio de este Órgano, ello se debe a un error material, pues es claro que la verdadera voluntad del poder adjudicador es la contenida en la cláusula 3.1. Consecuentemente, procede simplemente su corrección (artículo 122.1 de la LCSP), sin que se trate de una irregularidad que conlleve la invalidez del acto impugnado. No obstante, según cuál sea el estado de la tramitación del procedimiento de adjudicación (actualmente suspendido), el órgano de contratación deberá, en su caso, ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación habida cuenta de que es una modificación significativa de los pliegos por afectar al importe del contrato (ver el artículo 136.2 de la LCSP y la Resolución 160/2020 del OARC / KEAO, que interpreta su alcance).

5.1.7. Motivación de distintos aspectos del expediente



[Resolución 162/2018](#)

Finalmente, en cuanto a los criterios de solvencia, el recurrente se limita a apuntar la falta de justificación, pero sin aportar ningún argumento que discuta el ajuste a la legalidad de los que figuran en los pliegos, ni mucho menos señalar en qué le perjudican, discriminan o impiden el acceso al procedimiento de adjudicación. Por ello, la impugnación no está soportada por un interés real y parece obedecer únicamente a la intención de incrementar el número de reproches legales a los pliegos con un criterio puramente formalista.

(...)

A diferencia de lo que sucede con los procedimientos extraordinarios, como el negociado sin publicidad, en el que la motivación de que concurre alguno de los requisitos excepcionales previstos en la LCSP que los justifican debe constar como requisito esencial para su utilización (ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2003, asunto C-20/01, ECLI:EU:C:2003:220, en especial el apartado 58, así como la Resolución 106/2014 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita), la elección del procedimiento abierto, que es ordinario por no estar reservado su uso a supuestos legalmente tasados, no requiere de la invocación de ningún precepto legal. Consecuentemente, la omisión de una justificación expresa difícilmente puede causar perjuicio al recurrente (de hecho, no hay alegación alguna tendente a acreditar dicho perjuicio), teniendo en cuenta además que el abierto es el procedimiento que facilita la mayor libertad de acceso a las licitaciones.

[Resolución 166/2019](#)

Debe señalarse que la memoria que da cumplimiento al mandato de los artículos 116.4 c) y 146.2 de la LCSP sobre justificación de los criterios de adjudicación en general, y de los sujetos a fórmula en particular, no especifica las razones de la elección de la Administración. No obstante, este Órgano ya ha señalado (ver, por ejemplo, su Resolución 95/2019) que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en



el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que contiene las razones de su oposición a la citada fórmula.

5.1.8. Régimen jurídico de los contratos mixtos

[Resolución 142/2019](#)

1) El contrato mixto se define en el artículo 18.1 de la LCSP como aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. La regulación sobre esta categoría tiene dos finalidades:

- por un lado, impedir que la configuración del contrato con obligaciones propias de dos o más tipos contractuales ampare una amalgama de prestaciones sin sentido económico o funcional en perjuicio o beneficio de operadores interesados en la adjudicación (artículo 18.1 en relación con el artículo 34.2 de la LCSP; ver también la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).

- por otro lado, dado que, en general, la inserción del contrato en un tipo de los definidos en la LCSP u otras normas lleva aparejada la sujeción a unos preceptos concretos para cuestiones como los medios de acreditación de la solvencia técnica, la preparación y el procedimiento de adjudicación del contrato o sus efectos, cumplimiento y extinción, se trata de determinar el régimen legal aplicable cuando en el mismo negocio jurídico confluyen prestaciones incardinables en tipos distintos; este régimen se fija mediante las reglas contenidas en el artículo 18 y concordantes de la LCSP.

2) A la vista del apartado anterior, se puede afirmar que, en sentido estricto, el “contrato mixto” no es un tipo contractual definido por la naturaleza de las prestaciones que lo caracterizan, como sí lo son, por ejemplo, las figuras recogidas en el artículo 12.1 de la LCSP que, en correspondencia con dicha naturaleza, tienen un estatuto legal propio y determinado, compuesto por normas prefijadas. Por el contrario, se trata de un concepto instrumental que el legislador utiliza para dotar de un régimen jurídico cierto a los contratos que presentan elementos propios de varios de dichos tipos y a



los que, consecuentemente, no se les puede aplicar automáticamente la normativa propia de alguno de ellos. Por lo tanto, tampoco hay propiamente una incorrecta calificación jurídica que suponga algún vicio de invalidez de los pliegos solo por el mero hecho de que, nominalmente, el negocio jurídico no se proclame expresamente como “mixto”. No obstante, dicha infracción sí se produciría, con independencia de la calificación formal adoptada, si la documentación contractual incluyera contenidos contrarios a los que se deducirían de la aplicación de las reglas del artículo 18 de la LCSP (por ejemplo, si se aplicaran erróneamente los umbrales de armonización del contrato de suministro del artículo 21 en lugar de los del contrato de obra del artículo 20, o si no se detallaran en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los efectos del contrato, como exige el artículo 122.2 de la LCSP por remisión del citado artículo 18).

3) Se observa que el recurso, más allá de indicar que el contrato incluye prestaciones típicas de los contratos de suministros y servicios y debió por lo tanto calificarse como mixto, no señala ninguna cláusula de los pliegos referida al procedimiento de adjudicación, a la ejecución del contrato o a cualquier otro aspecto que deba contenerse en ellos, contraria al régimen jurídico que se derivaría de la recta aplicación del artículo 18 de la LCSP. Llegados a este punto, hay que concluir que el motivo de recurso es puramente formal y no obedece a la defensa de un interés real, ya que no se acredita que su estimación pueda tener más consecuencias que las puramente nominalistas; es decir, no se especifica qué irregularidad incluyen los pliegos (basados en la categoría del contrato de suministro) que se hubiera evitado aplicando el citado artículo 18, más allá de la simple distinción nominal.

[Resolución 202/2019](#)

Téngase en cuenta que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 18.1 a) de la LCSP, la determinación del régimen jurídico del contrato mixto que comprenda en parte servicios especiales del anexo IV, y en parte otros servicios, se efectuará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios. Dado que en el presente contrato no existe una estimación separada del valor económico de ambas prestaciones, debemos acudir a lo establecido en PPT donde



se observa que los servicios profesionales de asesoramiento de carácter fiscal tienen una relevancia cuantitativa y cualitativa muy inferior a las estrictamente jurídicas.

5.1.9. Cuestiones que deben figurar en cada pliego

[Resolución 156/2019](#)

Como ha recordado este Órgano en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 79/2018 del OARC / KEAO), el PPT no es el documento contractual en el que debe figurar el contenido necesario de la documentación que debe presentar el licitador, función que corresponde al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), según establece el artículo 67.2 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

[Resolución 192/2023](#)

La recurrente alega que determina cláusulas sobre “aspectos económicos” se han incluido en el PPT en lugar de insertarse en el PCAP, lo que infringe el artículo 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). En concreto, se trata de las cláusulas del PPT (i) 7 (consideración del coste de inversión de la instalación eléctrica en su oferta económica), (ii) 13.4 (obligación del adjudicatario de suscribir determinadas pólizas de seguros) y (iii) 13.5 (auditorías operativas del funcionamiento de los servicios a cargo de la adjudicataria). Este motivo de impugnación debe estimarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) En síntesis, el PCAP y el PPT son ambos documentos contractuales o, como se deduce del artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE, “pliego de contratación”, en cuanto contienen cláusulas o prescripciones que describen o regulan el objeto del contrato, el procedimiento de adjudicación o la ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 108/2019 del OARC / KEAO). Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la relación entre ellos se rige por el principio de especialidad, de tal manera que, en virtud de su contenido, cada cláusula debe insertarse en uno u otro pliego (ver la sentencia del Tribunal



Supremo de 19/5/2021, nº 700/2021, ECLI:ES:TS:2021:2029). Las normas que establecen el contenido de uno y otro pliego son, fundamentalmente, los artículos 122 (PCAP) y 124 (PPT) de la LCSP, así como los artículos 67.2 (contenido del PCAP para todos los contratos), 67.7 (contenido del PCAP para los contratos de servicios) y 68 (contenido del PPT, especialmente su apartado 3, que establece taxativamente que dicho pliego no contendrá en ningún caso “declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”).

2) A la vista del contenido de las cláusulas impugnadas y de la normativa citada en el apartado 1) anterior, se formulan las siguientes consideraciones:

- La cláusula 7 del PPT se refiere a una cuestión que los licitadores deberán tener en cuenta para confeccionar su oferta, es decir, relacionada con el procedimiento de adjudicación, ámbito objetivo típico del PCAP (ver los artículos 122 LCSP y 67.2 h) RGLCAP), y no con las prescripciones que “...hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales...”, contenido propio del PPT (artículo 124 LCSP). La cláusula establece además un contenido referido a “los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes”, materia que debe figurar en el PCAP (artículo 122.2 LCSP).
- Asimismo, la obligación del adjudicatario de suscribir determinadas pólizas de seguros tiene un claro contenido jurídico obligatorio. En este sentido, aunque se trata de una obligación del adjudicatario (es decir, que debe cumplirse una vez finalizado el procedimiento de adjudicación), no se trata de una descripción del objeto del contrato o de sus calidades técnicas, sino de un pacto accesorio a dicho objeto (ver los artículos 122.2 y 124 LCSP). En situación análoga está la cláusula 13.5 del PPT relativa a la obligación del contratista de presentar auditorías operativas de funcionamiento, salvo en la parte que describe su contenido mínimo, cuyo contenido sí se corresponde con el propio de una prescripción técnica.



[Resolución 102/2023](#)

Alega la recurrente que el PPT incluye aspectos que deben figurar en el PCAP por lo que infringe los artículos 122 y 124 de la LCSP y 67 y 68 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

En el caso analizado, se achaca que el PPT contenga (i) el objeto del contrato, (ii) la justificación de la adjudicación a lote único, (iii) las bases generales para contratación del suministro de material, (iv) los criterios de valoración de la oferta y (v) las condiciones generales de la oferta.

Las consideraciones de este Órgano al respecto son las siguientes:

- 1) El artículo 124 de la LCSP establece que en el PPT se incluirán las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y que definan sus calidades y sus condiciones sociales y ambientales. En el artículo 68.1 del RGLCAP se concreta que el PPT contendrá, al menos, a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, b) Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar y c) En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes. Finalmente, el artículo 68.3 del RGLCAP prohíbe que el PPT contenga cláusulas que deban figurar en el PCAP.
- 2) Las características técnicas que hayan de reunir los bienes a suministrar conforman el objeto del contrato, por lo que no existe obstáculo a que esta información figure en el PPT.
- 3) La cláusula 3 del PPT “Justificación de adjudicación a Lote único” facilita información sobre el contenido de la proposición que pueden presentar los licitadores al poner de manifiesto que se pueden ofertar reactivos de otros proveedores. Conforme al artículo 67.2.h) RGLCAP esta información debe ser incluida en el



PCAP, por lo que el PPT no es el documento idóneo para ello (en este sentido la Resolución 52/2017 de este OARC / KEAO).

- 4) La cláusula 4 del PPT, bajo el epígrafe de Bases generales para la contratación del suministro de material", contiene información a incluir en el PCAP, como la relativa a los conceptos que se deben ofertar en el precio unitario, variantes (art. 67.2.j) RGLCAP), documentación a aportar para la evaluación de la oferta (art. 67.2.h) RGLCAP), duración del contrato, periodicidad, plazos máximos de entrega (artículo 67.2.e) del RGLCAP) y lugar de entrega de los suministros (art. 67.5.f) del RGLCAP).
- 5) En la cláusula 7 del PPT figuran los criterios de valoración insertados en un documento contractual que, como taxativamente establece el mencionado artículo 68.3 del RGLCAP, "en ningún caso" puede incluirlos.
- 6) No cabe aceptar la alegación del poder adjudicador de que se reproducen en el PPT cláusulas del PCAP para facilitar la comprensión de los documentos a los licitadores. Ello en ningún caso es así, pues la duplicidad de la información en documentos con finalidad, sistemática y estructura diferentes conlleva confusión, oscuridad y posibles contradicciones en la información a trasladar a los licitadores y, para el órgano de contratación, dificultades en su interpretación. A este respecto se ha pronunciado con anterioridad este Órgano (ver la Resolución 175/2018) al poner el énfasis en la falta de transparencia que en todo caso supone obligar a los operadores económicos interesados en el contrato a hacer una tarea hermenéutica sobre el texto de ambos pliegos para conocer la voluntad del órgano de contratación.

5.1.10. La externalización de servicios y su justificación

[Resolución 162/2019](#)



El sindicato recurrente plantea que el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza / Servicio Vasco de Salud, aprobado mediante Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, al que se incorpora como anexo II el acuerdo adoptado en la Mesa Sectorial de Sanidad de fecha 14 de marzo de 2008, aprobado mediante Decreto 106/2008, de 3 de junio, supone una limitación a la libertad que asiste al poder adjudicador para configurar discrecionalmente sus contratos como estime oportuno y, más generalmente, para decidir si debe prestar los servicios de su competencia con medios propios o contratados pues el art. 13 del Decreto 106/2008 señala que Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios. De la relación de contratos señalada en su la documentación aportada por el poder adjudicador en respuesta al requerimiento de prueba efectuado por este OARC / KEAO, se desprende que el servicio ha sido prestado por empresas contratadas al efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de referencia en las organizaciones de servicios hoy integradas en la OSI Araba (Hospitales de Santiago y Txagorritxu y Comarca Araba). Consecuentemente, los servicios objeto del contrato impugnado no constituyen una nueva área o servicio a los efectos del mismo y el recurso debe ser desestimado (ver, en el mismo sentido, la Resolución 58/2017 del OARC / KEAO). Debe señalarse que el recurrente no ha acreditado o argumentado que se trate de una nueva área o servicio, a pesar de conocer que el compromiso plasmado en el art. 13 del Decreto 106/2008 no es incondicional y que su aplicación requiere que el servicio o actividad demandada sea *nuevo*.

[Resolución 35/2022](#)

El sindicato recurrente plantea el incumplimiento del Decreto 106/2008, de 3 de junio, relativo al acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza - Servicio Vasco de Salud, por fundamentar la decisión de contratar el servicio cuyos pliegos se impugnan en una justificación de la falta de disponibilidad de medios humanos que no es cierta.

Consta en el expediente una memoria en la que, en lo que a la resolución de la cuestión planteada interesa, se incluye el siguiente párrafo:



El servicio objeto de esta contratación se considera necesario para la prestación de un mantenimiento que asegure el confort y la salubridad de los procesos médicos que se desarrollarán en el interior del nuevo edificio. No disponiendo de medios materiales ni humanos necesarios para el mantenimiento de tales instalaciones hay que recurrir a técnicos externos con la habilitación y la experiencia precisa para asegurar su correcto funcionamiento. Dicha actividad está incluida entre los servicios que pueden ser contratados, y su objeto no contiene prestaciones que puedan ser satisfechas con medios propios.

El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) El sindicato recurrente plantea que la decisión de externalizar el servicio demandado en el contrato se efectúa sobre la base de una justificación de insuficiencia de medios que, a su parecer, no se ajusta a la realidad por disponer Osakidetza de una plantilla que reúne las condiciones necesarias para efectuar dicha prestación.
- 2) El examen de esta alegación debe partir de lo dispuesto en la “Sentencia 230/2018”, dictada en relación con las Resoluciones 24/2017, 29/2017 y 45/2017 de este OARC / KEAO que estimaban diversos recursos especiales contra los pliegos rectores de los contratos relativos a “Gestión del servicio de alimentación, cafetería, vending del Hospital de Urduliz”, al “Servicio de lavado, planchado, costura y suministro de ropa no quirúrgica, quirúrgica y lavado y suministro de zuecos quirúrgicos del Hospital de Urduliz” y del “Servicio de Limpieza de centros de la OSI Uribe” en la que se manifiesta lo siguiente en lo relativo a la cuestión planteada en el recurso ahora interpuesto, esto es, la exigencia de que en la fase preparatoria del expediente de contratación se justifique la necesidad del contrato:

Situados en la primera fase del expediente de contratación, la preparatoria, en la que se sientan las bases del contrato y concluye con un acto de aprobación, dando paso a la segunda fase, de selección y adjudicación del contrato, el mentado artículo 109 regula el inicio y contenido del expediente, disponiendo en su apartado 1 que *"La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley"*.

Con arreglo a este último precepto *"Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las*



necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación".

Si acudimos al expediente administrativo y su ampliación, se observa que en cada uno de los tres expedientes de contratación se incorpora la correspondiente "memoria"; todas ellas, previa determinación del tipo de procedimiento (abierto), el plazo de duración y los criterios de valoración de las ofertas, incluyen, en lo que ahora interesa, un mismo párrafo del siguiente tenor:

"El servicio objeto de contratación se considera necesario para la prestación de asistencia sanitaria en esta organización de servicios. No disponiendo de medios materiales, ni humanos necesarios para llevar a cabo dicho servicio. Teniendo en cuenta que dicho servicio no forma parte de la actividad principal de nuestra organización y dado que existen en el mercado empresas en la que esta actividad constituye su competencia básica, con inversiones, experiencia y habilidades organizativas que les permiten realizar más eficientemente este servicio, se considera idónea la contratación externa".

Explicación que se revela a todas luces insuficiente para cumplir con el deber de motivación que imponen los preceptos transcritos, hasta el punto de que, por su generalidad y abstracción, sirve para justificar la provisión externa de cualesquiera de los servicios que se presten en sus centros, dejando a salvo la actividad estrictamente sanitaria; no controvertido que los servicios objeto de contratación son *necesarios* para el cumplimiento y realización de los fines propios y estratégicos de Osakidetza, como afirma su defensa, viene obligado el ente público a motivar la *necesidad* de externalización de esos servicios auxiliares o complementarios, aún con mayor rigor, si cabe, cuando ha asumido un claro compromiso de prestarlos a través de medios propios, y según sostienen los sindicatos recurrentes, cuenta con personal para llevarlos a cabo

- 3) Las disposiciones citadas en esta sentencia, si bien se refieren al derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), permanecen redactadas en lo sustancial de igual forma en la vigente LCSP. A este respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 116.1 de la LCSP, en igual sentido que el derogado artículo 109.1 del TRLCSP, dispone que "La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante" y que el artículo 28.1 de la LCSP al igual que el derogado artículo 22 del TRLCSP dispone que Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la



idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. A estas disposiciones se ha de sumar que, en el caso de los contratos de servicios, el artículo 30.3 LCSP establece con carácter general que la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios, y que se podrá contratar cuando carezca de medios suficientes, previa debida justificación en el expediente. Por todo ello, el artículo 116.4.f) de la LCSP, exige que en la fase preparatoria de los contratos de servicios se incluya un informe que justifique adecuadamente la insuficiencia de medios que determina la necesidad de acudir a la contratación externa.

- 4) La conclusión que se desprende de lo expresado en los números anteriores es que la invocación genérica y estereotipada a la no disponibilidad de medios humanos sirve para justificar cualquier provisión externa de servicios por lo que es insuficiente para fundar la decisión de contratar. Téngase en cuenta que no se ha dado plena razón del proceso lógico que ha llevado al poder adjudicador a adoptar un acto concreto, en este caso la prestación de un determinado servicio a través de un contrato público, por lo que no son suficientes aquellas justificaciones que no se refieren a dicho acto, sino que son tan vagas que podrían predicarse de cualquier otro (ver en este sentido, la Resolución 95/2019 de este OARC / KEAO). Debe añadirse que las razones aportadas a este respecto por el poder adjudicador en su informe de oposición no pueden ser tenidas en cuenta por extemporáneas, dado que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de contratar (si bien referido a la decisión de no dividir en lotes, ver en este sentido la Resolución 142/2019 del OARC / KEAO). Finalmente, cabe señalar que este Órgano no discute la potestad autoorganizativa y la libertad para gestionar los servicios de su competencia de los que dispone el poder adjudicador (considerando 5 de la Directiva 2014/24), pero dicha libertad tiene como límite el respeto del ordenamiento jurídico (ver, por ejemplo, el artículo 34.1 de la LCSP) que, en el presente caso, se ha traspasado al infringir las normas



reguladoras del contenido del expediente (artículo 116.4 f) en relación con los artículos 28.1 y 30.3, todos ellos de la LCSP).

- 5) La estimación de la falta de justificación adecuada de la insuficiencia de medios conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación por afectar a un elemento esencial del contrato. Téngase en cuenta que esta obligación de motivación no es una mera exigencia formal, sino un requerimiento sustancial del expediente de contratación, determinante de la validez del mismo; no obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano emita, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento sobre la misma prestación a la vista de la motivación que se aporte en los términos legalmente previstos.

[Resolución 207/2022](#)

- 1) El sindicato recurrente plantea que la decisión de externalizar el servicio demandado en el contrato se efectúa sobre la base de una justificación de insuficiencia de medios que, a su parecer, no se ajusta a la realidad por disponer Osakidetza de una plantilla que reúne las condiciones necesarias para efectuar dicha prestación.
- 2) El examen de esta alegación debe partir de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2018, número 230/2018, ECLI: ES:TSJPV:2018:4209 (en adelante, “sentencia 230/2018”), dictada en relación con las Resoluciones 24, 29 y 45/2017 de este OARC / KEAO, que estimaban los recursos especiales contra los pliegos rectores de los contratos relativos a “Gestión del servicio de alimentación, cafetería, vending del Hospital de Urduliz”, al “Servicio de lavado, planchado, costura y suministro de ropa no quirúrgica, quirúrgica y lavado y suministro de zuecos quirúrgicos del Hospital de Urduliz” y del “Servicio de Limpieza de centros de la OSI Uribe”. En dicha sentencia se manifiesta lo siguiente en relación con la exigencia de que en la fase preparatoria del expediente de contratación se justifique la necesidad del contrato:



Situados en la primera fase del expediente de contratación, la preparatoria, en la que se sientan las bases del contrato y concluye con un acto de aprobación, dando paso a la segunda fase, de selección y adjudicación del contrato, el mentado artículo 109 regula el inicio y contenido del expediente, disponiendo en su apartado 1 que *"La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley"*.

Con arreglo a este último precepto *"Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*.

Si acudimos al expediente administrativo y su ampliación, se observa que en cada uno de los tres expedientes de contratación se incorpora la correspondiente "memoria"; todas ellas, previa determinación del tipo de procedimiento (abierto), el plazo de duración y los criterios de valoración de las ofertas, incluyen, en lo que ahora interesa, un mismo párrafo del siguiente tenor:

"El servicio objeto de contratación se considera necesario para la prestación de asistencia sanitaria en esta organización de servicios. No disponiendo de medios materiales, ni humanos necesarios para llevar a cabo dicho servicio. Teniendo en cuenta que dicho servicio no forma parte de la actividad principal de nuestra organización y dado que existen en el mercado empresas en la que esta actividad constituye su competencia básica, con inversiones, experiencia y habilidades organizativas que les permiten realizar más eficientemente este servicio, se considera idónea la contratación externa".

Explicación que se revela a todas luces insuficiente para cumplir con el deber de motivación que imponen los preceptos transcritos, hasta el punto de que, por su generalidad y abstracción, sirve para justificar la provisión externa de cualesquiera de los servicios que se presten en sus centros, dejando a salvo la actividad estrictamente sanitaria; no controvertido que los servicios objeto de contratación son *necesarios* para el cumplimiento y realización de los fines propios y estratégicos de Osakidetza, como afirma su defensa, viene obligado el ente público a motivar la *necesidad* de externalización de esos servicios auxiliares o complementarios, aún con mayor rigor, si cabe, cuando ha asumido un claro compromiso de prestarlos a través de medios propios, y según sostienen los sindicatos recurrentes, cuenta con personal para llevarlos a cabo

- 3) Las disposiciones citadas en esta sentencia, si bien se refieren al derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), permanecen redactadas en lo sustancial de igual forma en la vigente LCSP. A este respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 116.1 de la LCSP, en



igual sentido que el derogado artículo 109.1 del TRLCSP, dispone que “La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante” y que el artículo 28.1 de la LCSP, al igual que el derogado artículo 22 del TRLCSP, dispone que Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. A estas disposiciones se ha de sumar que, en el caso de los contratos de servicios, el artículo 30.3 LCSP establece con carácter general que la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración con sus propios medios, y que se podrá contratar cuando carezca de medios suficientes, previa debida justificación en el expediente. Por todo ello, el artículo 116.4.f) de la LCSP exige que en la fase preparatoria de los contratos de servicios se incluya un informe que justifique adecuadamente la insuficiencia de medios que determina la necesidad de acudir a la contratación externa.

- 4) De lo expresado en los números anteriores se desprende que el contenido del epígrafe de la memoria del expediente “Justificación de insuficiencia de medios en contratos de servicios” reproducido más arriba no satisface los citados requisitos de justificación. En definitiva, no se ha dado plena razón del proceso lógico que ha llevado al poder adjudicador a adoptar el acto concreto impugnado, en este caso la prestación de un determinado servicio a través de un contrato público. De hecho, el contenido del citado epígrafe ni siquiera se corresponde con lo que anuncia su título; por un lado, se indica que el objeto del contrato es susceptible de contratarse, pero sin extenderse sobre la insuficiencia de los medios propios y, por otro, se alude al carácter estratégico de la inversión y a la designación del órgano de contratación competente, cuestiones irrelevantes a los efectos que nos ocupan. Debe añadirse que las razones aportadas a este respecto por el poder adjudicador en su informe de oposición no pueden ser



tenidas en cuenta por extemporáneas, dado que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de contratar (si bien referido a la decisión de no dividir en lotes, ver en este sentido la Resolución 142/2019 del OARC / KEAO).

- 5) Cabe señalar que este Órgano no discute la potestad de autoorganización de la que dispone Osakidetza para gestionar los servicios de su competencia (ver el Considerando 5 de la Directiva 2014/24/UE); sin embargo, dicha potestad discrecional tiene como límite el respeto del ordenamiento jurídico que, en el presente caso, se ha traspasado al infringir las normas reguladoras del contenido del expediente (artículo 116.4 f) en relación con los artículos 28.1 y 30.3, todos ellos de la LCSP).
- 6) La estimación de la falta de justificación adecuada de la insuficiencia de medios conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación por afectar a un elemento esencial del contrato. No obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano emita, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento sobre la misma prestación a la vista de la justificación que se aporte en los términos legalmente previstos. Igualmente, debe tenerse en cuenta que, a la vista del efecto de la presente Resolución, no procede ahora dirimir el debate sobre la adecuación de la contratación a los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan el margen de discrecionalidad con el que cuenta Osakidetza para decidir si ejecuta el servicio con sus propios medios, incluidos los personificados recogidos en el artículo 32 de la LCSP, o lo externaliza (ver, en este sentido, la sentencia 230/2018).

[Resolución 230/2023](#)

A juicio de este Órgano, la memoria satisface suficientemente el requisito de la justificación de la contratación de servicios exigido en los artículos 30.3 y 116.4 f) LCSP y desvirtúa la preferencia que esta Ley establece en favor de la prestación de servicios con medios propios por las siguientes razones:



- 1) Se alega una argumentación atendible que justifica la externalización. En particular, el objeto del servicio es disponer, para supuestos de brotes epidemiológicos (y no, por lo tanto, para la gestión ordinaria y permanente de Osakidetza), de un almacén de gran capacidad y complementario del resto de los almacenes del poder adjudicador. Estas circunstancias pueden aconsejar, por ejemplo, que no se asuma una inversión importante para contar con un nuevo centro logístico propio. Una vez que se entiende justificada la contratación de la disponibilidad de un centro logístico ajeno, parece claro que es igualmente razonable y no caprichoso que la externalización incluya también los medios técnicos y humanos necesarios para su gestión.
- 2) Una vez acreditado que la externalización está adecuadamente justificada como pide el artículo 30.3 LCSP, debe recordarse que la decisión de externalizar o no el servicio (y en su caso, con qué alcance) es una potestad discrecional del poder adjudicador, sin que el recurso haya acreditado que dicha potestad se ha ejercido sobrepasando los límites que la constriñen; así, no se observa arbitrariedad alguna ni infracción de los principios generales de la LCSP ni, como se señalará en el apartado b) siguiente, del fondo reglado establecido en los acuerdos de negociación colectiva (ver, por ejemplo, la Resolución 212/2019 del OARC / KEAO). Por otro lado, más allá de lo fijado, en su caso, en los citados acuerdos, y una vez comprobado que la contratación está justificada y amparada en la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador no está legalmente obligado, además, a organizar los medios personales de sus servicios de la forma y con el alcance demandado por la recurrente.

a) Sobre la infracción del Decreto 106/2008

El recurrente plantea la infracción del Decreto 106/2008, que prohíbe en su apartado 13 la externalización de nuevos servicios. Este motivo de recurso debe rechazarse:

- 1) LAB entiende que, dado que la situación de emergencia y excepcionalidad sanitaria está formalmente finalizada, ya no hay justificación para externalizar el servicio. Por el contrario, este Órgano entiende que precisamente la finalidad que justifica el contrato impugnado es anticipar las necesidades logísticas



especiales provocadas por futuras emergencias sanitarias o brotes epidemiológicos.

- 2) Aunque pueda considerarse que el objeto del contrato es una nueva área o servicio a los efectos del Decreto 106/2008, el hecho de que el recurso a personal ajeno esté vinculado en este caso a la disposición de un centro logístico del adjudicatario (ver punto a) 1 anterior) hace que parezca desproporcionado exigir a Osakidetza su contratación separada.

[Resolución 059/2024](#)

La STSJPV 230/2018, en su Fundamento jurídico quinto, admite la posibilidad de que Osakidetza pueda alegar razones excepcionales que pueden justificar las externalizaciones en principio prohibidas por el Decreto 106/2008 o por el Acuerdo de Mesa General (ver también la Resolución 87/2019 del OARC / KEAO). De hecho, ambas normas señalan que, “No obstante, y ante situaciones excepcionales, se priorizará la asunción del área o servicio por el propio Ente Público” (Decreto 106/2008) y que “La Administración atenderá preferentemente con medios propios los servicios que precise para el desarrollo de su actividad” (Acuerdo de Mesa General). Los dos textos son confusos en su redacción y en su alcance. Por un lado, el Decreto 106/2008 admite la existencia de excepciones a la prohibición general de externalizar y que matizan el carácter absoluto de ésta (“No obstante...”) pero, contradictoriamente, especifica que en dichos casos se “priorizará” dicha regla general; por otro lado, el texto del Acuerdo de Mesa General no hace otra cosa que reproducir la tradicional preferencia de la normativa contractual por la ejecución de servicios con medios propios (ver, por ejemplo, el vigente artículo 30.3 LCSP), por lo que no es fácil interpretar el precepto en coherencia con el taxativo compromiso de “no externalizar ninguna nueva actividad ni actividad existente que actualmente no esté subcontratada”. A juicio de este Órgano, la única conclusión útil para casos como el ahora analizado es que la voluntad de las partes signatarias de los Acuerdos es que la prohibición de las nuevas externalizaciones sea la regla general pero no absoluta, de modo que se permiten excepciones cuya admisibilidad debe interpretarse muy restrictivamente. Más allá de esta consideración, los Acuerdos no contienen orientación alguna para determinar cuáles serían los supuestos excepcionales que



autorizarían que ciertos contratos quedaran excluidos de la prohibición. Tampoco le consta a este Órgano que, como sería adecuado y propio de normas de origen pactado, las partes signatarias de ambos acuerdos hayan llegado a acordar una interpretación del alcance de los límites de la externalización (por ejemplo, en las Comisiones de seguimiento correspondientes u órganos bilaterales similares).

Consecuentemente con lo expuesto, este Órgano ha entendido en varias ocasiones que, excepcionalmente, pueda celebrarse un contrato inicialmente incurso en la prohibición de externalización. Es el caso de sus Resoluciones 87 y 88/2019 (alta especialización de las tareas contratadas que no puede acometer el personal propio, escasa entidad del contrato, no hay perjuicio ni para la promoción y estabilidad de los trabajadores ni para el valor de los servicios públicos tal y como los entienden los Acuerdos), 16/2023 (alto grado de especialización requerido, situación temporalmente acotada, asistencia puntual a proyectos financiados por los fondos Next Generation), 230/2023 (el recurso a personal ajeno está vinculado a la disposición de un centro logístico del adjudicatario, la exigencia al poder adjudicador de su contratación separada es desproporcionada) y 002/2024 (contrato con componente tecnológico muy cambiante que requiere de un enfoque integral y de personas con niveles de adecuación profesional variable).

A la vista de lo anterior, el contrato impugnado está, en principio, incluido en el ámbito de la prohibición de externalización establecida en los Acuerdos. En este sentido, debe señalarse que ni la memoria del expediente ni la respuesta del poder adjudicador al recurso niegan que el objeto del contrato sea una “nueva actividad” a los efectos de dichos Acuerdos. Por ello, procede analizar si en el contrato concurren circunstancias excepcionales que permitan la externalización. A juicio de este Órgano, la respuesta es positiva por las siguientes razones:

- En este caso, el recurso a medios humanos ajenos a Osakidetza no es el único contenido del contrato. La prestación contractual comprende, en principio, la construcción del inmueble que alojará la Plataforma logística (incluyendo, por ejemplo, la redacción del proyecto básico y de ejecución, el acondicionamiento del terreno, la demolición de las instalaciones que



actualmente lo ocupan y el diseño y la obra del nuevo edificio), la dotación de los medios técnicos e informáticos necesarios para cumplir su función (hardware y software para la automatización y gestión) y, finalmente, la gestión del servicio que habrá de prestar la Plataforma, que se considera la finalidad principal del contrato (recepción, almacenaje y custodia del material, transporte y distribución de las mercancías a los centros de consumo, distinguiendo entre los “no atendidos” y los “atendidos”, donde la distribución interna se realizará por personal del Centro, elaboración de informes de seguimiento, inventarios, etc.). El apartado 7 del documento descriptivo establece un plazo de ejecución de diez años (24 meses para la construcción del almacén central de la Plataforma y su puesta en marcha y 96 meses para la prestación del servicio).

- En definitiva, Osakidetza ha decidido satisfacer sus necesidades logísticas mediante un contrato complejo, que incluye una gran variedad de prestaciones y con una duración prolongada. Buena prueba de esta complejidad es que su adjudicación se tramitará por diálogo competitivo, procedimiento excepcional que se justifica porque los poderes adjudicadores no pueden definir los medios idóneos para satisfacer sus necesidades ni evaluar las soluciones que puede ofrecer el mercado , hasta el punto que el diseño de dicha solución es resultado del propio procedimiento de adjudicación y no está predefinida antes de iniciar la licitación, como es la regla general en la contratación pública (ver, por ejemplo, la Resolución 97/2022 del OARC / KEAO).
- La peculiar configuración del contrato y del procedimiento de adjudicación suponen, entre otras cosas, que su viabilidad técnica, organizativa y económica depende de una equilibrada relación entre las diversas partes de su contenido (plazos de ejecución y de vigencia, sistemas técnicos y de gestión elegidos, precio y coste del servicio y de las inversiones, etc.). Llegados a este punto, este Órgano considera aceptable el argumento de Osakidetza de que, habida cuenta del volumen del riesgo asumido por el futuro adjudicatario, es lógico que éste quiera que los recursos humanos asignados a la prestación, elemento fundamental para la correcta ejecución



que se le va a exigir, dependa de su control y poder de dirección empresarial. Otra solución distinta, como imponer que el personal sea parte de la plantilla de Osakidetza, podría llevar a disfunciones en las tareas contratadas que romperían los equilibrios del contrato antes citados o lo encarecerían y que disuadirían a posibles licitadores.

- Consecuentemente, se entiende justificado que el contrato no se ejecute necesariamente con personal de Osakidetza, pues ello no es sino el efecto natural del sistema complejo elegido por el poder adjudicador. Debe señalarse que dicha elección está ampliamente justificada y, aunque puede no ser la única posible, desde luego no es arbitraria. Por otro lado, el recurrente no alega (ni este Órgano lo aprecia) que la citada opción sea fraudulenta y tenga como finalidad ilegítima eludir el cumplimiento de los Acuerdos de negociación colectiva.
- Teniendo en cuenta todo lo anterior, así como el hecho de que el perjuicio para la promoción o la estabilidad del personal de Osakidetza (que el poder adjudicador niega) que desempeña las tareas de almacenamiento es, en el peor de los casos, meramente hipotético y no está suficientemente acreditado, este Órgano entiende que el contrato puede exceptuarse de las prohibiciones de externalización de servicios.

[Resolución 145/2024](#)

El artículo 30.3 LCSP establece que la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios; no obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá celebrar un contrato de servicios. La memoria de necesidad e idoneidad del contrato señala que “La formación que deberán recibir los pilotos para obtener las habilitaciones que requiere el nuevo helicóptero y las plazas de pilotos no cubiertas en la Unidad de Vigilancia y Rescate hacen necesario que el helicóptero que se contrate disponga de tripulación de vuelo.” Además, la “Memoria del procedimiento de adjudicación” menciona “las plazas de pilotos no cubiertas en la Unidad” y la cláusula “00.- ANTECEDENTES” del PPT explicita las razones por las que se debe acudir a un contrato con las características del impugnado. A juicio



de este Órgano, estas justificaciones son suficientes para sustentar la carencia de medios propios para prestar el servicio; téngase en cuenta que, incluso aunque el poder adjudicador pueda disponer de personal capacitado para, en general, pilotar helicópteros, la memoria alude a la formación y la habilitación concretas para el modelo que proponga el adjudicatario.

Por lo que se refiere a la supuesta infracción de las Instrucciones reguladoras, debe indicarse que este instrumento legal no es una norma jurídica, por lo que su infracción no puede, por sí sola, sustentar un reproche de invalidez de los pliegos (ver, por ejemplo, el artículo 6.2 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público). No obstante, este Órgano entiende que, en todo caso, el objeto del contrato tiene cabida en dichas Instrucciones. Aunque el apartado c) de la Instrucción quinta establece que no pueden ser externalizados los servicios permanentes o habituales, exceptúa de este criterio general los supuestos contemplados en la Instrucción sexta. En esta última figuran ciertos servicios auxiliares o complementarios, en particular, los servicios de transporte, lo que, en definitiva, incluye el objeto del contrato impugnado.

El reproche de que la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos laborales quedan excluidos del ámbito de la LCSP debe también rechazarse. En primer lugar, es evidente que el objeto del expediente no es el nombramiento como funcionarios o la celebración de contratos laborales con el personal que el adjudicatario asigne al contrato, por lo que no hay infracción de la normativa que regula los procedimientos de selección de los empleados públicos ni del artículo 11.1 LCSP, que excluye las relaciones de empleo público del ámbito objetivo de la norma. Por otro lado, el personal a adscribir al contrato es el que realiza las labores de mantenimiento y las de pilotar la aeronave (cláusula 5 del PPT). A este respecto, la LCSP no impide la contratación de servicios cuyo objeto sea coincidente con las tareas asignadas a los empleados públicos; tan solo prohíbe la externalización de servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (artículo 17 LCSP), y el recurso no ha acreditado que las labores a efectuar por el personal a adscribir al contrato infrinjan este límite.



[Resolución 225/2024](#)

La carencia acreditada de “medios suficientes” a la que se refiere el artículo 30.3 LCSP como requisito previo de la contratación de servicios no puede entenderse como una obligación absoluta de las entidades públicas de asignar necesariamente el personal propio cualificado del que disponen a la ejecución de cualquier servicio que necesiten.

La decisión de ejecutar un servicio con medios ajenos, aunque el poder adjudicador disponga en su plantilla de recursos humanos aptos al efecto puede basarse en la opción de que dicho personal cualificado se dedique a otras tareas distintas, especialmente si son funciones más directamente vinculadas o identificadas con la finalidad principal o más reconocible de la entidad y por ello, más difícilmente externalizables sin desfigurar esta última. Esta última es la opción tomada por el poder adjudicador, que prefiere que el personal propio se dedique a tareas asistenciales (radioterapia y medicina nuclear).

[Resolución 217/2024](#)

Este Órgano considera que, una vez acreditada la insuficiencia de los medios propios como pide el artículo 30.3 LCSP, la recurrente no puede exigir que, para evitar la externalización, la empresa se habilite para el mantenimiento de sus propias instalaciones. Debe tenerse en cuenta que, para ello, entre otros requisitos, se necesita tener en plantilla al menos un operario con carné profesional de instalaciones térmicas de edificios (artículo 37 d) del RITE en relación con el artículo 26.8 de la misma norma), circunstancia que puede darse pero que no es estructural, como ya se ha señalado anteriormente, por lo que no puede servir para fundar una decisión con vocación de permanencia en el tiempo. Consecuentemente, dado que la externalización es inevitable si quiere cumplirse con una obligación legal, no es necesario analizar si el contrato se ajusta o no a los acuerdos que limitan dicha externalización.



5.1.11. La legislación vigente obliga al contratista por su propia fuerza vinculante

[Resolución 112/2019](#)

El recurrente estima que es recomendable que se actualice la cláusula específica 29 del PCAP con la mención de la legislación vigente en materia de protección de datos personales. Con independencia de que del tenor literal de la alegación no se deduce claramente su carácter impugnatorio, este Órgano estima que, como bien señala el poder adjudicador, la incidencia es un error material susceptible de subsanación en los términos establecidos en el artículo 122 de la LCSP; en especial, debe tenerse en cuenta que los pliegos no pretenden crear obligaciones contractuales, sino mencionar la legislación aplicable, aunque en este caso lo hagan erróneamente, la cual vincula al contratista por su propia fuerza obligatoria y a pesar de dicho error.

5.1.12. Publicación de los pliegos en las dos lenguas oficiales de la CAE.

[Resolución 59/2021](#)

En síntesis, la cuestión debatida es si la Carátula y el PCAP deben ser publicados en las dos lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma del País Vasco o pueden publicarse únicamente en euskera. A continuación, se expresan las apreciaciones de este Órgano al respecto.

b) Sobre la obligatoriedad de publicar los pliegos rectores de la licitación en las dos lenguas oficiales de la CAV

El artículo 8 de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera establece la regla general del bilingüismo en (...) todo acto en el que intervengan los poderes públicos sitos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como las notificaciones y comunicaciones administrativas, deberán ir redactados en forma bilingüe, salvo que los interesados privados elijan expresamente la utilización de una de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma.



Por su parte, el más reciente Decreto 179/2019 promulgado en desarrollo de la LIL, en su artículo 36 sobre contratos públicos, dispone textualmente en su apartado 2:

Los pliegos de condiciones administrativas particulares y de prescripciones técnicas se publicarán en las dos lenguas oficiales, a excepción de aquellos documentos de carácter gráfico o eminentemente técnico, que podrán redactarse en una de las lenguas oficiales.

A la vista del contenido de los preceptos transcritos el recurso debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) El poder ejecutivo de la CAPV, haciendo uso de la facultad otorgada por el poder legislativo (Disposición final cuarta de la LIL), ha establecido de forma explícita la obligatoriedad de publicar los pliegos de condiciones administrativas particulares y de prescripciones técnicas en las dos lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma. Se trata de una disposición específica sobre contratación pública que debe prevalecer por su propio carácter sobre la interpretación que realiza el poder adjudicador de los artículos 32 y 33 del mismo Decreto (relativos a la publicidad de la información municipal y las publicaciones divulgativas e informativas, respectivamente) para defender la tesis sobre la legalidad de su actuación.
- 2) No cabe oponer al cumplimiento del precepto indicado el Acuerdo municipal de la Comisión para la ejecución del Plan de Normalización del Euskara por el que se estableció que todos los procedimientos administrativos se tramitarían exclusivamente en euskara, a pesar de establecerse en el mismo los mecanismos de traducción necesarios para garantizar los derechos lingüísticos de las personas tanto físicas como jurídicas, por cuanto que contraviene el ordenamiento jurídico de forma evidente. Debe tenerse en cuenta que el Decreto 179/2019 es de aplicación a los municipios radicados en la CAPV (artículos 2 y 3) y que el Plan de Normalización, que constituye la formulación de la política lingüística de la entidad local (en base al cual se adoptó dicho Acuerdo municipal de la Comisión), debe realizarse en el marco de la LIL, del Decreto 86/1997 y del citado Decreto 179/2019 (artículos 4, 5 y 11).



- 3) Tampoco puede aceptarse la alegación del poder adjudicador relativa a que el recurrente debió hacer uso de la posibilidad de solicitar al Ayuntamiento la traducción del pliego administrativo, pues no cabe atribuir a alguno o algunos interesados la carga de obtener una traducción cuando la obligación de publicar los pliegos en las dos lenguas oficiales corresponde al poder adjudicador. En este mismo sentido, tampoco es de aplicación el artículo 138.3 de la LCSP invocado por el Ayuntamiento, pues este se refiere al derecho a obtener la información “adicional” sobre los pliegos y demás documentación que el órgano de contratación debe proporcionar a los licitadores cuando es requerido por estos y no a la propia información inicial.

5.1.13. Respuestas a las consultas de los licitadores

[Resolución 44/2021](#)

Los argumentos expuestos en los apartados 1) y 2) anteriores se ven especialmente reforzados en este caso por la rotundidad de la respuesta del Ayuntamiento a la consulta formulada por el recurrente. Este Órgano entiende que la respuesta transcrita tiene carácter vinculante, en particular, por lo que interesa a este caso, para el poder adjudicador. En primer lugar, dicho carácter vinculante se establece claramente en la cláusula 7 del PCAP, como pide el artículo 138.3 de la LCSP. En segundo lugar, como ya se ha expuesto, la consulta es oportuna, pues, se basa en una contradicción evidente en la documentación contractual. En tercer lugar, la respuesta del poder adjudicador se limita a esclarecer (correctamente, a juicio de este OARC / KEAO) las dudas manifestadas por el licitador, sin introducir alteración o modificación alguna a la información contenida en los pliegos, respetando así la función propia de estas aclaraciones (ver, por ejemplo, “sensu contrario”, la Resolución 12/2020 del OARC / KEAO). Finalmente, no cabe aceptar la alegación del poder adjudicador de que la respuesta a la consulta no ha sido publicada en el perfil del contratante, pues dicha publicación es responsabilidad exclusivamente suya, por lo que su falta no puede oponerse válidamente al recurrente, debiendo aplicarse el principio clásico de que «nadie debe obtener beneficio de su propia torpeza», estando por lo tanto forzado a soportar las consecuencias jurídicas de su omisión.



5.1.14 Contrato de servicios y concesión de servicios

[Resolución 192/2023](#)

La recurrente considera que el contrato, calificado como contrato de servicios en la documentación contractual, debió calificarse como concesión de servicios. A juicio de este Órgano, esta alegación debe desestimarse:

- 1) La diferencia entre el contrato de servicios y la concesión de servicios no radica en su objeto, que es en ambos casos la adquisición de un servicio, sino en la forma de remuneración del contratista. Mientras que en el contrato de servicios el poder adjudicador entrega a cambio del servicio una contraprestación económica (normalmente, un precio pagado por el poder adjudicador), en la concesión la onerosidad propia de los contratos públicos se manifiesta en el reconocimiento al concesionario del derecho a explotar el servicio (habitualmente, mediante la percepción de una tarifa abonada al contratista por los usuarios del servicio) acompañado en su caso del abono de un precio satisfecho por el poder adjudicador. La explotación debe conllevar la transferencia del riesgo operativo, de tal modo que el contratista asuma el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de los servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de los servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda (ver el artículo 15 en relación con el artículo 14 de la LCSP).
- 2) En el caso analizado, los pliegos prevén que el contratista ingrese el precio pagado por los usuarios del servicio cuya explotación le corresponde (apartado 4.1 del PCAP). Sin embargo, este Órgano entiende que no existe la transferencia del riesgo operativo característica de la concesión por los siguientes motivos:



- El apartado 4.2 de carátula del PCAP establece que el Ayuntamiento participará en la financiación de los costes del servicio con una compensación por las obligaciones de servicio público impuestas y no cubiertas por los ingresos generados, en las condiciones previstas en el propio PCAP. Aunque la compensación es variable (ver el sistema de cálculo en el apartado 4º.2.3 del PCAP) y tiene un importe máximo anual (1.650.350,03 euros, IVA incluido) se observa que dicho importe es exactamente la diferencia prevista entre el coste de ejecución anual del servicio (2.998.198,69 euros, IVA incluido) y la estimación de ingresos previstos en virtud de las tarifas satisfechas por los usuarios (1.347.848,66 euros, IVA incluido), según se deduce del apartado 4.2 de la carátula).
- Si bien la compensación prevista no es una garantía absoluta de indemnidad económica, pues cabe la posibilidad de que la liquidación correspondiente arroje una diferencia entre los gastos y los ingresos superior a su importe máximo, parece claro que la vinculación entre dicho importe máximo y los costes previstos estimados indica que, en condiciones normales de funcionamiento, el contratista recuperaría las inversiones realizadas y los costes de explotación del servicio. Téngase en cuenta que la transferencia del riesgo propia de la concesión supone una exposición real a las incertidumbres del mercado que implica que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (ver, por ejemplo, el artículo 15.2 en relación con el 14.4 de la LCSP).
- El apartado 3 de la Cláusula 26 del PCAP señala una clara voluntad del poder adjudicador de considerar un supuesto de modificación contractual no prevista en los pliegos la necesidad de compensar el perjuicio que le pueda causar al contratista la aplicación al servicio de las condiciones generales establecidas por la Autoridad en materia de billete único. Dicha compensación se concibe como adicional e independiente de la prevista en los pliegos con carácter general para remunerar obligaciones de servicio público impuestas y no cubiertas por los ingresos generados por la explotación del servicio (cláusulas 4.2 de la carátula del PCAP y 2.3 del



PCAP). Este sistema abunda en la inexistencia de traslado del riesgo operativo.

- A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, este Órgano entiende que no hay en el caso analizado más riesgo que el propio de cualquier contrato público (artículo 197 LCSP).

(...)

5.1.15 Descripción del objeto del contrato por el CPV

[Resolución 033/2024](#)

Según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/11/2022, asunto C-486/21, ECLI:EU:C:2022:868 (en especial, apartados 72 y 73), aunque los códigos CPV están destinados a facilitar que los operadores económicos tengan conocimiento de los anuncios de licitación correspondientes a su sector de actividad, solo representan uno de los elementos de la descripción del objeto del contrato. Asimismo, por regla general, la mención de un código CPV erróneo no tiene consecuencias. No obstante, el error sería relevante si constituyese un indicio de la voluntad del poder adjudicador de perjudicar los intereses de uno o de determinados operadores económicos y, por tanto, de falsear la competencia. En tal caso, se estaría infringiendo el artículo 18.1, segundo párrafo, de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que prohíbe que la contratación se conciba para restringir artificialmente la competencia, con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

En el caso analizado, la recurrente no formula reproche alguno contra los demás elementos descriptivos del contrato, más que suficientes para conocer su objeto (el resto del contenido del anuncio o de los pliegos, las prescripciones técnicas, etc.). Tampoco alega ni acredita que el error en el CPV, que el poder adjudicador reconoce, tenga la intención de perjudicarlo. Consecuentemente, la empresa no puede invocar



ahora desconocimiento de la licitación o imposibilidad de localizar el anuncio, pues para ello pudo tomar como referencia de su búsqueda cualquier otro factor distinto del CPV (palabras, poder adjudicador, etc.), sobre todo si, como afirma en el recurso, tenía especial interés en licitar.

5.1.16 Contrato de servicios y contrato mixto de servicios y suministro (arrendamiento de bien mueble)

[Resolución 145/2024](#)

El recurrente alega que la calificación del contrato como de servicios es incorrecta, pues su objeto incluye también prestaciones propias del contrato de suministro (arrendamiento del helicóptero), que son las principales, lo que, aplicando las reglas del contrato mixto (artículo 18.1 LCSP) debió suponer la inserción en este último tipo contractual. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) La calificación como contrato de servicios es correcta, pues el artículo 17 LCSP define estos contratos como “...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 suministro”. Esta descripción es plenamente aplicable al contrato impugnado, pues del PPT se deduce que la prestación requerida es la realización de “Misiones” de vigilancia y rescate (apartado 1 del PPT).
- 2) Es cierto que el contrato contiene algunas menciones propias de un arrendamiento de bien mueble (el propio helicóptero), prestación que el artículo 16.1 LCSP encaja en el contrato de suministro. Así, el título del contrato es “Arrendamiento de un helicóptero”, el apartado 1 del PPT habla de “arrendamiento con tripulación” (con referencia al término inglés “Wet lease”, o ACMI) y el apartado 3 del PPT especifica que una de las prestaciones incluidas en el servicio es la puesta a disposición de un helicóptero, obligación típica del contrato de arrendamiento (ver, por ejemplo, el artículo 1554. 1º del Código Civil). Sin embargo, del conjunto de la estructura obligacional del contrato se deduce que el helicóptero no es sino el principal recurso material del que se



servirá el contratista para prestar el servicio requerido. Así lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que los pliegos no recojan ninguna obligación o derecho relativo a la posesión de la aeronave por la Administración en virtud de su condición de arrendataria, que no se prevea un acto formal de entrega de la aeronave o que el precio se pague como contraprestación a la disponibilidad del helicóptero con tripulación y a los vuelos efectivamente realizados fijando, a tal efecto, mantenimiento a cargo del adjudicatario, tiempos de servicio, calendarios etc.

- 3) No son aplicables al caso las reglas de determinación del régimen jurídico de los contratos mixtos (artículo 18.1 LCSP). El presupuesto para la aplicación de este precepto es un contrato que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, lo que no sucede. Como ya se ha indicado en el epígrafe 2) anterior, el “arrendamiento” del helicóptero no es, en sentido estricto, una prestación propia del contrato de suministro, pues el poder adjudicador no adopta la posición jurídica propia del arrendatario o del poseedor de cosa ajena; cuestión distinta es que los pliegos recojan exhaustivamente las prescripciones que debe cumplir la aeronave por ser esenciales para la correcta ejecución del servicio. Por ello, no hay, a este efecto, una diferencia sustancial entre el contrato analizado y, por ejemplo, un contrato para el transporte discrecional de personas por una empresa con su propio autobús y conductor, inequívocamente considerado como contrato de servicios.
- 4) Por último, se observa que la impugnación se limita a criticar la calificación del contrato. Sin embargo, el recurrente no expone cuáles son los vicios de legalidad concretos de los pliegos en la preparación y adjudicación del contrato, en el procedimiento de adjudicación o en el contenido obligacional que sean consecuencia de la calificación supuestamente errónea. Planteado el recurso en estos términos, la cuestión parece puramente formal, sin un interés sustantivo real para SEPROGAL.



5.1.17 Limitaciones establecidas a las cláusulas de los pliegos por la legislación laboral o los convenios colectivos

[Resolución 145/2024](#)

Según el recurrente, el apartado 3 del PPT impide que se cumpla el punto 6 de la Circular Operativa N 16 – B. Esta alegación debe desestimarse. Como bien indica el recurrente, los pliegos se limitan a recoger el periodo de disponibilidad del servicio contratado. Corresponde al contratista ejecutar la prestación pactada respetando las limitaciones legales o fijadas por convenio colectivo, para lo cual debe prever cuáles son los medios humanos necesarios para ello y organizarlos en consecuencia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 123/2017 y 72/2018 del OARC / KEAO).

5.2. Interpretación

5.2.1. Interpretación acorde a la literalidad

[Resolución 93/2020](#)

La alegación de que los vehículos ofertados por el adjudicatario no son nuevos debe desestimarse. El punto 1 del PPT únicamente establece que los vehículos han de ser “nuevos”, sin mayor explicación y, especialmente, sin referencia alguna a la fecha de matriculación. Consecuentemente, como indica el poder adjudicador, parece que el sentido que debe darse al término es el más común y acorde a su literalidad de “sin uso anterior” (ver, en este sentido, el artículo 1.281 del Código Civil); por el contrario, la interpretación del recurrente sobre dicho término es contraria al principio de transparencia por contradecir dicha literalidad y por no ser deducible del análisis que haría de la documentación contractual un licitador razonablemente informado y normalmente diligente (ver, por todas, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO).



5.2.2. Discrepancia entre las dos versiones lingüísticas de los pliegos

[Resolución 116/2020](#)

- 1) El PCAP se halla redactado en las dos lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (a diferencia del PCT que únicamente figura en castellano) y la información que contienen las dos versiones del criterio de adjudicación cuya incorrecta aplicación se denuncia es diferente: mientras que en la versión en euskera la descripción del objeto de la valoración es el estudio y análisis (“azterketa eta analisis”) de la instalación lumínica prevista y propuesta en las cláusulas 5 y 6 del PPT (“Plegu teknikoetako 5 eta 6 atalean aurreikusitako eta proposatuko argiteria instalazioen azterketa eta analisis”), en la versión en castellano se introducen dos matices, el primero, que lo evaluable es la redacción y análisis de “los resultados lumínicos” y el segundo que dichos resultados son los de la instalación propuesta sobre la “... recogida en los apartados 5 y 6 de los pliegos técnicos”. No obstante, ambas versiones coinciden en la información que deben facilitar los licitadores con el fin de evaluar este criterio de adjudicación, que consiste en “Cálculos realizados mediante simulación por ordenador/Ordenagailuz simulatutako kalkuluetan oinarritu eta argudiatu beharko da”. Este medio a través del cual acreditar los valores que van a ser objeto de evaluación debe ser puesto en relación con la cláusula 6 del PBT, que dispone que la justificación del cumplimiento de los niveles lumínicos se llevará a cabo mediante simulación informática con el software Dialux u otro de prestaciones de reconocimiento equivalente. De la lectura conjunta de la información contenida en ambas cláusulas se desprende que los pliegos establecen una forma concreta y determinada de acreditar la información a valorar, que es el cumplimiento de los valores mínimos exigidos en las cláusulas 5 y 6 y Anexo A (por remisión de la cláusula 6) del PCT, entre las que no se encuentra la apariencia exterior o la estética de las luminarias.
- 2) La conclusión de que el citado criterio secundario no incluye la valoración de la apariencia exterior de la luminaria se desprende, asimismo, de que el medio exigido en la cláusula 6 del PCT para comprobar la apariencia exterior de la luminaria consiste en la entrega de una a modo de muestra cuando el órgano de contratación lo solicite, al objeto de efectuar una inspección visual y una prueba de



campo, medio de valoración de la oferta que no figura entre los criterios de adjudicación cuya evaluación se discute.

- 3) No es posible entender que la redacción en la versión lingüística en euskera contiene la valoración de la apariencia exterior y estética, a pesar de que, a diferencia de la versión en castellano, no restringe la valoración a los “resultados lumínicos”, sino que, con una redacción más amplia, comprende la “propuesta de instalación lumínica” y es la lengua que ha utilizado el poder adjudicador para la redacción de los documentos que expresan la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor (el informe de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, las actas de la Mesa de contratación y el Decreto de adjudicación del contrato), porque, en todo caso, el medio exigido para acreditar la información a valorar en este criterio secundario consistente en cálculos de los resultados o valores lumínicos realizados mediante simulación por ordenador y la información que arroja esta simulación no comprende las características estéticas de la luminaria, las cuales se valoran a través de la entrega de una muestra y una prueba de campo.
- 4) En todo caso, aun partiendo del supuesto, que no comparte este OARC/KEAO, de que la versión lingüística en euskera de la cláusula debatida ampara la valoración de las características estéticas de las luminarias propuestas, al recurrente, que ha confeccionado su oferta económica en castellano (no se ha incorporado al expediente de recurso especial su oferta técnica), no se le podría oponer el contenido de la contradicción. Téngase en cuenta que, tal y como señala este OARC / KEAO en su Resolución 68/2018, 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: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).

5.2.3. Interpretación sistemática

[Resolución 87/2021](#)

Por otro lado, no cabe aceptar la alegación de la recurrente por la que considera que la cláusula 10 del PPT se está refiriendo a los participantes en la licitación, basándose en que el apartado 7 de la letra a) hace referencia al término licitador, y ello por las siguientes razones:

- En primer lugar, el PPT no es el documento contractual en el que debe figurar la documentación que han de presentar los licitadores; como ya se ha señalado, esta función corresponde al PCAP, tal y como se ha señalado en el número 3) anterior (ver también el artículo 68.3 del RGLCAP, que prohíbe que el PPT contenga cláusulas que deban figurar en el PCAP), que no exige nada al respecto.
- Debe tenerse en cuenta que el apartado 10 a) del PPT se refiere cuatro (4) veces a obligaciones de la adjudicataria (contenido propio de dicho documento contractual; ver el artículo 68.1 a) del RGLCAP), lo que parece indicar que la única referencia al licitador es un error; a la misma conclusión se llega teniendo en cuenta que dicha referencia es en buena medida una reiteración de la que formula el apartado 10 a), 1, pero aludiendo al adjudicatario.



5.2.4. Integración de las lagunas de los pliegos

[Resolución 197/2021](#)

(...) este Órgano ya ha manifestado en ocasiones precedentes (ver las Resoluciones 41/2015 y 118/2017) que, cuando la regulación contenida en los pliegos sea insuficiente, sus lagunas pueden integrarse por los medios legalmente previstos (artículo 25.2 de la LCSP), sin que exista una obligación jurídica de que la documentación contractual incluya una regulación exhaustiva de todas las posibles incidencias; solo si los pliegos fueran tan parcos o confusos 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. En este caso, es claro que la cláusula impugnada debe integrarse con el artículo 192.2 de la LCSP, que establece el requisito de la imputabilidad del incumplimiento al contratista como presupuesto de la aplicación de las penalidades. Por otro lado, la cláusula 31.2.b) supone implícitamente esta integración porque prevé un trámite de audiencia al contratista por espacio de cinco (5) días hábiles para que formule las alegaciones que considere oportunas, donde éste podrá oponer lo que considere oportuno para evitar la penalidad (entre otros argumentos, que la causa del incumplimiento no le es imputable).

5.2.5. Interpretación favorable en caso de discrepancia a la aplicación del pliego en el que debe figurar el contenido discutido (principio de especialidad)

[Resolución 116/2022](#)



A juicio de este Órgano, lo expuesto en el apartado 1) anterior es una contradicción que debe salvarse en favor de lo señalado en el PCAP:

- En primer lugar, los propios pliegos establecen que, en caso de discrepancia entre el PCAP y el PPT debe prevalecer lo dispuesto en el primero (cláusula 62 del PCAP).
- En segundo lugar, un consolidado criterio interpretativo establece que la citada contradicción ha de resolverse en favor de la aplicación del documento contractual en el que debe ubicarse el contenido al que se refieren las cláusulas debatidas (ver, por ejemplo, la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del TS de 19 de mayo de 2021, nº 700/2021, ECLI: ES:TS:2021:2029). En este caso, es claro que la documentación que habrán de presentar los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones, es una materia propia del PCAP, y “en ningún caso” puede ser parte del contenido del PPT (ver los artículos 67.2 h) y 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

[Resolución 229/2024](#)

- 1) En primer lugar, los propios pliegos establecen (Clausula 2 del PCAP) que, en caso de discrepancia prevalecerá lo dispuesto en el PCAP, excepto en aquellas cuestiones y especificaciones de carácter técnico. La presentación de documentación relativa a la experiencia de los miembros del equipo de trabajo y sus currículum profesionales no puede considerarse que afecte a cuestiones o especificaciones de carácter técnico, por lo que la prevalencia del PCAP a los efectos de qué documentación ha de ser aportada con la propia proposición es clara.
- 2) En segundo lugar, un consolidado criterio interpretativo establece que el citado desajuste ha de resolverse en favor de la aplicación del documento contractual en el que debe ubicarse el contenido al que se refieren las cláusulas debatidas, “Principio de especialidad” en palabras del Tribunal Supremo (ver, por ejemplo, las Resoluciones 44/2018 y 136/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del TS



de 19 de mayo de 2021, nº 700/2021, ECLI: ES:TS:2021:2029). En este caso, es claro que la documentación que habrán de presentar los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones, es una materia propia del PCAP, y “en ningún caso” puede ser parte del contenido del PPT (ver los artículos 67.2 h) y 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

5.3. Precio, presupuesto y valor estimado

5.3.1. Precio del contrato y adecuación al mercado

[Resolución 128/2018](#)

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que (...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 252.6.4 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información desglosada sobre costes que componen el presupuesto base de licitación tiene la finalidad de procurar el cumplimiento del mandato de que éste se adecúe al mercado (artículo 100.2 de la LCSP). El valor estimado, por su parte, es un concepto que sirve para medir la importancia económica de un contrato y determinar, de ese modo, el régimen jurídico que le es aplicable a efectos de, por ejemplo, clasificación y solvencia o de sujeción a la regulación armonizada o al recurso



especial (ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, asunto “Auroux”, ECLI:EU:C:2007:31, C-220/05, y la Resolución 61/2014 del OARC / KEAO). Ninguno de los dos conceptos contenidos en los pliegos regula o influye de ningún modo en los derechos salariales o de cualquier otro tipo de los trabajadores adscritos a la ejecución de la prestación contractual, los cuales se derivan de las normas, convenios colectivos o contratos de trabajo aplicables, cuyo contenido no es materia del recurso especial y no puede alterarse en virtud de las resoluciones de este Órgano. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse.

[Resolución 152/2018](#)

El análisis de la cuestión planteada debe partir del examen del contenido del art. 100.2 de la LCSP, que dispone:

Artículo 100. Presupuesto base de licitación.

(...)

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Este precepto contiene un mandato al órgano de contratación, que debe “cuidar”, esto es, debe atender, poner la debida diligencia para que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado y, con el objeto de satisfacer este mandato, esto es, a tal efecto, se desglosará el presupuesto base de licitación en los conceptos especificados. En el mismo sentido, se deduce de los antecedentes de la tramitación parlamentaria de la LCSP (ver, por ejemplo, la enmienda número 88 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea) que la finalidad de la norma es asegurar que el cálculo del presupuesto base de licitación contenga una previsión sobre los costes de los componentes más importantes de la prestación, con especial atención a los costes salariales.



En el recurso que nos ocupa se solicita la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación sobre la base de que no se ha incorporado ni al PCAP ni al expediente de contratación el desglose de costes a los que hace referencia el artículo 100.2 de la LCSP. Esta petición se basa en la mera ausencia del citado desglose ya que el recurso no contiene alegación alguna de que el presupuesto formulado sea arbitrario, contenga error material, no se ajuste al mercado o sea insuficiente para cubrir los costes del servicio demandado; mucho menos consta reproche alguno sobre riesgos de incumplimiento de las obligaciones salariales con los trabajadores que vayan a ejecutar la prestación. Ello puede ser debido a que, como afirma el poder adjudicador, al ser el recurrente el actual adjudicatario del contrato y, por consiguiente, conocer con exactitud los costes de la prestación del servicio, nada tiene que objetar al presupuesto base formulado en el contrato. Consecuentemente, dado que no existe mención alguna a la insuficiencia o inadecuación al mercado del presupuesto base de licitación o al perjuicio que la falta del desglose al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP ocasiona al recurrente, la impugnación no parece obedecer a la defensa de un interés real sino a la denuncia interesada de una omisión que, en este caso, no se ha acreditado que tenga una consecuencia distinta de las puramente formalistas. Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

Dado que son aplicables razonamientos análogos, esta conclusión ha de extenderse también a la alegación de que no figura en el PCAP, en contra de lo dispuesto en el artículo 101.5 de la LCSP, el método de cálculo del valor estimado aplicado por el órgano de contratación. Nos hallamos, al igual que en lo referente a la falta de desglose del presupuesto base de licitación, ante una denuncia genérica de que formalmente no se da cumplimiento al citado precepto, pero sin determinar consecuencia procedimental o sustancial alguna de ello, sin alegar el perjuicio concreto que a los intereses del recurrente le comporta esta omisión y sin que se reproche incorrección alguna al valor fijado en los pliegos. Debe tenerse en cuenta que el valor estimado se calcula a partir del presupuesto base de licitación (cuyo importe no se discute, como ya se ha señalado en el párrafo anterior) y añadiendo a éste otras cantidades pagaderas (prórrogas, modificaciones previstas...), según un sistema de cómputo fuertemente reglado que figura en el artículo 101 de la LCSP y cuya infracción por el poder adjudicador ni consta ni se acredita por el recurrente.



[Resolución 86/2019](#)

El recurrente manifiesta que aplicado el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2017-2010 (que a su entender es el aplicable según lo dispuesto en el PCAP y en el artículo 43 del citado convenio) a las categorías profesionales especificadas en el listado de personal adjunto al PCAP, los costes salariales superarían el presupuesto base de licitación y, a tal efecto, aporta su propia estimación de costes basado en el referido convenio colectivo. En suma, considera el recurrente que el presupuesto base fijado en los pliegos no garantiza el pago de los salarios.

Resulta relevante resaltar las siguientes circunstancias del expediente de contratación y del expediente de recurso especial remitido: (i) ni en los pliegos del contrato ni en el expediente de contratación figura dato alguno sobre la forma en la que se ha calculado el presupuesto base de licitación ni, por consiguiente, el valor estimado del contrato; únicamente figura un listado del salario bruto del personal adscrito a la ejecución del contrato, que no se sabe si ha sido tomado en cuenta en el momento de fijar el presupuesto base de contratación, (ii) no consta en el expediente de recurso especial la posición del poder adjudicador respecto de los argumentos impugnatorios, pues, si bien formalmente se ha aportado un documento con el título de INFORME DE ALCALDÍA RELATIVO AL RECURSO INTERPUESTO POR ASEJA, ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE, en el mismo no se efectúa valoración o parecer alguno sobre los motivos en los que se basa el recurso y (iii) se ha incorporado al expediente de recurso especial el certificado de recepción de ofertas en el que consta como única empresa licitadora, IRATZE LOREZAINZA S.L.U., que es la actual prestataria del servicio.

c) Conclusión

Consecuentemente, al no poder contrastar este OARC/KEAO si el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato se ajustan a derecho por no figurar en el PCAP o documento regulador de la licitación el preceptivo desglose de costes ni el método de cálculo del valor estimado del contrato, y constando en el expediente



remitido que los pliegos del contrato no han fomentado la suficiente concurrencia al haberse recibido una sola oferta que es, además, la de la adjudicataria del anterior contrato, el recurso debe ser estimado anulándose las cláusulas referidas al presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato del PCAP, lo cual conlleva la cancelación de la licitación por referirse el vicio apreciado a una estipulación esencial del contrato como es la de la formación de su precio.

[Resolución 112/2019](#)

El análisis de este motivo de impugnación debe partir de la delimitación del alcance del artículo 100.2 de la LCSP, que establece el mandato de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A propósito de dicho mandato, y con referencia expresa a los convenios colectivos que se pudieran suscribir en el futuro afectando a la empresa y los trabajadores que ejecutan la prestación, este Órgano ha señalado que su cumplimiento requiere que el presupuesto deba ser adecuado para garantizar el normal cumplimiento del contrato (también desde el punto de vista de la satisfacción de las obligaciones sociales y salariales) y una concurrencia suficiente, pero de ningún modo exige que el poder adjudicador asegure una rentabilidad mínima que blinde al contratista frente a cualquier eventualidad que afecte al contrato y reduzca sus beneficios, pues eso sería tanto como desvirtuar el principio de riesgo y ventura (ver las Resoluciones 69/2016 y 38/2018). En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de febrero de 2018 (nº 28/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:916) y de 27 de septiembre de 2018 (nº 284/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:2725), que confirman las Resoluciones 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO, respectivamente, descartan que el poder adjudicador deba tener en cuenta los citados hipotéticos convenios para fijar el presupuesto de la licitación porque ello sería contrario a los principios de oferta económicamente más ventajosa y salvaguarda de la libre competencia (actual artículo 1.1 de la LCSP), pudiendo incluso, de haberlos tenido en consideración, haber incurrido en responsabilidad contable. Esta doctrina, configurada a partir del artículo 87 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es perfectamente aplicable a la vigente LCSP, pues su artículo 100.2 mantiene la tradicional exigencia del ajuste del precio al mercado y la novedosa obligación de



desglosar los costes no es sino un instrumento para su cumplimiento, como lo demuestra la expresión "...a tal efecto" que usa el legislador (ver, en este sentido, la Resolución 152/2018 del OARC / KEAO). Además, es significativo que el precepto establezca que los costes salariales deben estimarse de acuerdo con el convenio laboral de referencia, que no puede ser sino uno ya vigente, como corrobora también la propia literalidad del artículo 100.2 de la LCSP, que contextualiza temporalmente su mandato de que el presupuesto se ajuste al precio de mercado en el momento de elaborarlo.

Análoga respuesta negativa merece la pretensión de que la vigencia del contrato coincida con la del convenio colectivo sectorial y de que se elimine la posibilidad de prórroga, pues su finalidad es también excluir ilícitamente todo riesgo para el contratista, además de suponer una intromisión en la discrecionalidad técnica del poder adjudicador para configurar el clausulado del contrato (en este caso, su duración) de la forma que estime más adecuada (ver la Resolución 64/2017 del OARC / KEAO).

[Resolución 81/2020](#)

El recurrente alega que los precios establecidos no son de mercado por ser anormalmente bajos (en concreto, se considera muy bajo el margen de beneficio del 8%) y que, al no distinguirse si los precios unitarios se corresponden con horarios normales, nocturnos o festivos, no es posible saber si se cumplen los requisitos del convenio colectivo aplicable. Este Órgano ya ha señalado en ocasiones anteriores (ver, por todas, su Resolución 49/2020) que el poder dispone de un margen de discrecionalidad para fijar el precio de licitación, y que corresponde a quien sostiene su inadecuación al mandato de que dicho precio se ajuste al mercado demostrar que, más allá de las variaciones propias de dicho mercado, el presupuesto fijado no permite una ejecución normal de la prestación contractual ni una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación. En el caso analizado, los argumentos de DENOK están muy lejos de poner en duda la razonabilidad de los pliegos en esta materia, pues se trata de alegaciones genéricas y no justificadas. Debe tenerse en cuenta que el apartado 4 del Cuadro de características del PCAP contiene un desglose del presupuesto en el que figura una cantidad global asignada a los costes laborales que



no ha sido cuestionada en el recurso, sin que sea exigible, como parece pretender DENOK, que los pliegos diferencien los precios unitarios del contrato en razón de los tramos horarios fijados para las retribuciones en los convenios colectivos. Asimismo, el beneficio industrial fijado se ha elegido, como señala el Ayuntamiento, con arreglo a un criterio aceptable, como es la aplicación analógica del artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, especialmente si se tiene en cuenta que el beneficio efectivamente obtenido depende de factores inciertos y variables para cada empresa, como la estructura de costes, sus previsiones o su estrategia comercial. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

[Resolución 160/2020](#)

El desglose del PBL indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP busca asegurar el mandato legal de que éste sea adecuado a los precios del mercado, como muestra el empleo de la expresión a tal efecto. Por ello, este Órgano ya ha establecido que no cabe impugnar los defectos de dicho desglose si, además, no se aportan argumentos y datos que puedan desmentir que el PBL incumple el citado mandato, de tal modo que, con el importe establecido por el poder adjudicador no quede garantizada la viabilidad de la ejecución de la prestación o no pueda esperarse una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 118/2019 y 49/2020). Como bien señala el Ayuntamiento, el recurrente no alega ni acredita que el importe consignado sea insuficiente, sino que su reproche se reduce a la introducción del desglose sin retroacción de actuaciones ni concesión de un nuevo plazo de presentación de ofertas. Debe tenerse en cuenta que, una vez que no se ha puesto en duda el citado importe, el contenido del desglose es irrelevante para el recurrente, pues es precisamente él quien mejor conoce o debe conocer los costes directos, indirectos o de otro tipo que repercuten en el servicio que presta; cuestión diferente es que se pusiera en duda la adecuación del PBL y, para ello, se alegara la incorrección o la omisión del desglose previsto en el artículo 100 de la LCSP, lo que, en este caso, no se ha hecho. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.



[Resolución 183/2020](#)

AUZO LAGUN alega que el precio fijado en los pliegos (en concreto, el PBL) no se ajusta al mercado porque para su cálculo se han empleado los costes salariales a fecha de febrero de 2019 sin aplicar los incrementos previstos en el convenio colectivo para las empresas de colectividades en comedores escolares de gestión directa dependientes del departamento de Educación, para los años 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023, que es el aplicable a la prestación. Tal y como admite el propio poder adjudicador, este motivo de impugnación debe aceptarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) Según el artículo 100.2 de la LCSP, en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el PBL sea adecuado a los precios del mercado. Por otro lado, el artículo 101.7 de la LCSP especifica que el valor estimado (uno de cuyos componentes es el PBL, según el artículo 101.1 a) de la LCSP) debe calcularse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación.
- 2) Según consta en el informe de respuesta al recurso, el envío al Diario Oficial de la Unión Europea del anuncio de licitación se produjo el 5 de octubre de 2020. En ese momento, las tablas salariales vigentes según el correspondiente convenio sectorial no eran las publicadas el día 22 de mayo de 2019 (ver la cláusula específica 12.2.2 del contrato), que fueron las utilizadas (con un incremento del 2%) por el poder adjudicador para elaborar el PBL y calcular el valor estimado (ver el Anexo I.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP), sino las recogidas en el acuerdo de la Comisión Paritaria del convenio de 13 de febrero de 2020, publicadas en el Boletín Oficial del País Vasco de 30 de marzo, de las que se deduce un PBL superior.

[Resolución 82/2021](#)

- 1) Es doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 81/2020) que el poder adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para fijar el precio de



licitación, y que corresponde a quien sostiene su inadecuación al mandato de ajustarse al mercado (ver, especialmente, el artículo 102.3 de la LCSP) demostrar que, más allá de las variaciones propias de dicho mercado, el presupuesto fijado no permite una ejecución normal de la prestación contractual ni una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación.

- 2) En el caso analizado, el recurrente está muy lejos de probar la insuficiencia del presupuesto en los términos expresados. Según afirma, el contrato se plantea con una diferencia de 257.709,22 entre el coste salarial real estimado por ASPEL y el coste señalado por el poder adjudicador; sin embargo, se aporta una tabla resumen de las alegaciones que da como resultado una diferencia de 107.197,86 euros (1.717.637, 04 euros – 1.610.439,18 euros), lo que es un indicio de la escasa seriedad de los argumentos de la impugnación. Por otro lado, no hay en el recurso argumentos o referencias externas suficientes (al convenio colectivo, por ejemplo) que permitan poner en duda globalmente el cálculo del Ayuntamiento o que hagan preferible el de ASPEL; tan solo se ofrecen unos cálculos alternativos (incluso por los mismos conceptos, como es el caso de las sustituciones) pero no se prueba la irracionalidad de los que fundamentan los pliegos, apoyados en un completo informe económico. Finalmente, debe señalarse que sí se consignan los costes de los materiales, incluidos en el epígrafe “otros gastos”, como se deduce de dicho informe.
- 3) Debe descartarse que el poder adjudicador deba tener en cuenta el hipotético convenio colectivo aplicable a la prestación que, en sustitución del actualmente vigente, pudieran negociar en el futuro las partes implicadas. Ello sería contrario a los principios de oferta económicamente más ventajosa y salvaguarda de la libre competencia (artículo 1.1 de la LCSP) y desvirtuaría también el principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), que impide garantizar una rentabilidad mínima al contratista frente a cualquier eventualidad. En este sentido, los costes salariales deben estimarse de acuerdo con el convenio colectivo correspondiente (artículo 102.3 de la LCSP), que no puede ser sino uno ya vigente, como corrobora también la propia literalidad del artículo 100.2 de la LCSP, que contextualiza temporalmente el mandato de que el presupuesto se ajuste al precio de mercado “en el momento de elaborarlo” (ver, por todas, la Resolución 112/2019 del OARC / KEAO y las



resoluciones y sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que cita).

- 4) A las carencias del recurso para poner en duda el presupuesto de licitación debe añadirse que, según informa el poder adjudicador, consta en el procedimiento la presentación de tres ofertas, lo que es un indicio claro de que el presupuesto contractual permite una concurrencia suficiente y no está alejado de las expectativas de los operadores económicos (ver, por ejemplo, las Resoluciones 64/2013 y 64/2017 del OARC / KEAO).

[Resolución 112/2021](#)

Considera la recurrente que el presupuesto del Lote 2 está incorrectamente estimado. Alega que, si bien en el desglose de costes del PCAP se afirma que se incluye la seguridad social como un concepto más de los costes laborales, la cantidad resultante calculada con la información del personal a subrogar que figura como documento anexo al PCAP no comprende el total del porcentaje de las cotizaciones a la seguridad social que debe abonar el empresario.

Analizada la documentación que consta en el expediente, esta alegación ha de ser estimada por las siguientes razones:

- 1) El artículo 100.2 de la LCSP contiene un mandato al órgano de contratación consistente en que “cuide” que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado y, con el objeto de satisfacer este mandato (“a tal efecto”), bien en el PCAP o en el documento regulador del contrato, debe desglosar los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos. Además, este precepto contiene un mandato específico para el supuesto en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato consistente en que el presupuesto base de licitación indique de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. La finalidad que persigue el artículo 100.2 de la LCSP es la de asegurar que el cálculo del presupuesto base de licitación contenga una



previsión sobre los costes de los componentes más importantes de la prestación, con especial atención a los costes salariales (ver, en este sentido la Resolución 86/2019 del OARC/KEAO). Por su parte, el artículo 101 de la LCSP dispone que, en el cálculo del valor estimado, que es el importe total pagadero según las estimaciones del órgano de contratación sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (artículo 101.1 LCSP), deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de otros conceptos que se expresan en la norma, los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial (artículo 101.2 LCSP).

- 2) Nos encontramos ante un contrato de servicios en el que los costes salariales de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato forman parte del precio total del contrato. En concreto, en lo que respecta al Lote 2, que es el que nos ocupa, en la información que figura como Anexo al PCAP consta un único trabajador a subrogar cuyo salario anual bruto (Urteko soldata gordina (martxoa 2020-otsaila 2021)) es de 24.904,60 €. De la literalidad del contenido de este documento se desprende que dicha cifra comprende únicamente el salario bruto anual del trabajador a subrogar. Por otra parte, conforme al artículo 130.1 de la LCSP, entre las obligaciones de información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo que la empresa que viene efectuando la prestación objeto del contrato debe efectuar al órgano de contratación no figura expresamente la del coste de las cotizaciones de la seguridad social. En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación ha dado por buena la información facilitada por la actual adjudicataria del servicio y la ha incorporado al PCAP como un anexo.
- 3) Contrastado el salario bruto durante dos años del trabajador a subrogar (49.809,20 €), que es la duración inicial del contrato, con la cantidad comprendida en el apartado de Costes directos (total costes laborales: salarios, antigüedad, seguridad social)” del Lote 2 (58.566,38), se observa que ésta última, en contra de lo explícitamente manifestado en el apartado 4 del cuadro de características del PCAP, no comprende en su totalidad el importe de las



cotizaciones a la seguridad social que por el tipo de contingencia comunes ha de efectuar el empresario (aproximadamente un 23,60 %).¹¹

- 4) De lo referido en los números anteriores se desprende que el presupuesto base de licitación ha sido estimado incorrectamente y no garantiza el coste salarial del trabajador a subrogar, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSP. Ello es especialmente grave en el supuesto que nos ocupa debido a que con carácter general (...) la empresa adjudicataria no podrá trasladar al personal que haya sido subrogado a centros de trabajo distintos de los que son objeto de este contrato (apartado 19 del cuadro de características del PCAP).

[Resolución 148/2021](#)

El desglose del PBL indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP busca asegurar el mandato legal de que éste sea adecuado a los precios del mercado, como muestra el empleo de la expresión “a tal efecto”. Por ello, este Órgano ya ha establecido que no cabe impugnar los defectos de dicho desglose si, además, no se aportan argumentos y datos que puedan desmentir que el PBL incumple el citado mandato, de tal modo que, con el importe establecido por el poder adjudicador, no quede garantizada la viabilidad de la ejecución de la prestación o no pueda esperarse una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 49/2020 y 160/2020). El COAVN no alega ni acredita que el importe consignado sea insuficiente, sino que su reproche se refiere a la omisión del desglose. Debe tenerse en cuenta que, una vez que no se ha puesto en duda el citado importe, el contenido del desglose es irrelevante para el recurrente, pues es precisamente él quien mejor conoce o debe conocer los costes directos, indirectos o de otro tipo que repercuten en el servicio que presta; cuestión diferente es que se pusiera en duda la adecuación del PBL y, para ello, se alegara la incorrección o la omisión del desglose previsto en el artículo 100 de la LCSP, lo que, en este caso, no se ha hecho. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

¹¹ <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/36537>



[Resolución 175/2021](#)

A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El OARC / KEAO ha señalado (ver, por todas, su Resolución 148/2021) que el desglose del Presupuesto Base de Licitación (PBL) indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP no es un fin en sí mismo, sino que obedece a la finalidad de asegurar el mandato legal de que el PBL sea adecuado a los precios del mercado, como muestra el empleo de la expresión “a tal efecto”. Por ello, más allá del mero incumplimiento de que no conste dicho desglose, lo relevante es determinar si el PBL establecido cumple el citado mandato, de tal modo que se garantice la viabilidad de la ejecución de la prestación y quepa esperar una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, las Resoluciones 49 y 160/2020 del OARC / KEAO). Para la fijación del PBL, el poder adjudicador dispone de un amplio margen de discrecionalidad, correspondiendo a quien lo impugna demostrar que es inadecuado más allá de las vicisitudes propias del mercado (ver la Resolución 82/2021 del OARC / KEAO), por ejemplo, por contener errores evidentes que lo invalidan (ver, por ejemplo, la Resolución 112/2021 del OARC / KEAO).
- 2) En este caso, consta en el expediente (memoria justificativa de la necesidad del contrato) un desglose del presupuesto en el que figuran los costes directos e indirectos, y la remisión al informe de precios elaborado por el responsable del contrato (arquitecto municipal) en el que figuran de forma desglosada los costes directos en función de la categoría profesional de los distintos componentes, el convenio aplicable y el número de horas estimadas de dedicación, así como otros costes indirectos (costes de oficina, equipos informáticos, etc.). Aunque el artículo 100.2 de la LCSP pide que la información figure precisamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), lo cierto es que el órgano de contratación ha hecho el esfuerzo que pide la norma para asegurar la adecuación del PBL al mercado, que es, en definitiva, la finalidad de dicho precepto.



3) Frente a lo expuesto en el apartado 2) anterior, el recurrente tan solo formula alegaciones genéricas basadas en una comparación con los valores establecidos en los pliegos que regían el contrato precedente. Este argumento no puede prosperar y no es suficiente para acreditar un uso incorrecto de la discrecionalidad técnica por el poder adjudicador, pues los pliegos impugnados rigen un contrato diferente y, como ha señalado este OARC/KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 84/2017 y 70/2018), el órgano de contratación no se encuentra vinculado u obligado a mantener lo establecido en contratos anteriores.

[Resolución 197/2021](#)

Como ha manifestado este OARC / KEAO en su Resolución 086/2019, el artículo 100.2 de la LCSP contiene un mandato al órgano de contratación consistente en que “cuide” que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado y, con el objeto de satisfacer este mandato (“a tal efecto”), bien en el PCAP o en el documento regulador del contrato, debe desglosar los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos. Además, este precepto contiene un mandato específico para el supuesto en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato consistente en que el presupuesto base de licitación indique de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. La finalidad que persigue el artículo 100.2 de la LCSP es la de asegurar que el cálculo del presupuesto base de licitación contenga una previsión sobre los costes de los componentes más importantes de la prestación, con especial atención a los costes salariales (ver, en este sentido la Resolución 152/2018 del OARC/KEAO). Por su parte, en lo que concierne a la cuestión planteada y, en concreto, al desglose de los costes del servicio, el artículo 101 de la LCSP dispone que, en el cálculo del valor estimado, que es el importe total pagadero según las estimaciones del órgano de contratación sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (artículo 101.1 LCSP), deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de otros conceptos que se expresan en la norma, los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes (entre los que se encuentra los derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación), los que se deriven de la ejecución material de los



servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial (artículo 101.2 LCSP) y que el método para calcular el valor estimado deberá figurar en el PCAP (artículo 101.5 LCSP).

Finalmente, este OARC / KEAO ha manifestado (ver Resolución 81/2020) que, disponiendo el poder de un margen de discrecionalidad para fijar el precio de licitación, la carga de la prueba de su inadecuación corresponde a quien lo impugna, que deberá demostrar que el presupuesto fijado no permite una ejecución normal de la prestación contractual ni una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación.

(...)

El expediente, obedeciendo lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP, arroja la información del desglose de los costes del presupuesto base de licitación total, esto es, el de la suma de todos los lotes, sin embargo, dicho precepto no obliga a que el poder adjudicador tenga que justificar por qué ha utilizado dicha estructura de desglose de conceptos ni por qué es la misma en los tres territorios históricos. A este respecto, se observa que el desglose de costes utilizado por el poder adjudicador sigue la misma estructura que la que figura en los informes emitidos por el Observatorio de Costes del Transporte de Viajeros en autocar (ver, por ejemplo, el nº 33 de enero de 2021), en el que ha participado el recurrente ANETRA, que es común para todo el estado y en el que no figura como concepto independiente el gasto derivado de la aplicación de protocolos higiénico sanitarios. No obstante, el recurso no acredita que conceptos como el beneficio industrial o los gastos derivados del COVID-19, que considera que no se hallan incluidos en el PBL pero que no se cuantifican, no puedan ser subsumidos en el apartado de costes indirectos. En este sentido, ni la más estricta interpretación de la LCSP obliga a que se desglose al nivel de detalle todos y cada uno de los posibles gastos concretos que inciden en el contrato (y menos a que se especifiquen precisamente los gastos que cita el recurso y no otros). En definitiva, a juicio de este Órgano, la denuncia de que no han sido previstos determinados conceptos entre los costes de la licitación obedece más bien a la pretensión de que dicho cálculo pormenorizado termine por desvirtuar el riesgo y ventura en la ejecución del contrato que el adjudicatario necesariamente habrá de asumir de acuerdo con el artículo 197 de la LCSP (ver, por ejemplo, las Resoluciones



64/2017 y 112/2019 del OARC / KEAO y las sentencias del TSJPV que se citan en la última).

[Resolución 8/2022](#)

(...) Por otro lado, es relevante el dato de que el contrato prevé la revisión de precios de la prestación P1 “con el objeto de adecuar los importes a la realidad del mercado en cada momento” (ver el apartado 33 de la carátula del PCAP). El sistema de revisión alcanza a todo el periodo de vigencia del contrato (incluido el primer año) y acumula el importe de las revisiones al precio anual revisado para calcular el precio de los años siguientes, sobre los que a su vez se aplica la fórmula de revisión. En este sentido, los pliegos han aprovechado la excepción a un régimen general restrictivo de la revisión de precios que la LCSP establece para los contratos de suministro de energía en los apartados 2 y 5 de su artículo 103. Debe recordarse que la revisión de precios es una institución que pretende aminorar la incertidumbre del contratista sobre su rentabilidad final esperable, y la citada excepción parece basarse precisamente en las peculiaridades del mercado energético, especialmente volátil. Lógicamente, esta seguridad adicional implica que pierdan relevancia, total o parcialmente, las hipotéticas deficiencias del PBL inicial y facilita la viabilidad de la ejecución de la prestación y una mayor concurrencia, parámetros primarios para juzgar sobre la adecuación del precio contractual.

[Resolución 32/2022](#)

Por otro lado, como bien indica el poder adjudicador, el Comité no puede pretender que el PBL se calcule teniendo en cuenta el supuesto contenido de hipotéticos convenios colectivos futuros porque ello iría en contra del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), que impide garantizar al contratista una rentabilidad mínima o proporcionarle una cobertura frente a cualquier evento perjudicial (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO, confirmadas por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1/2/2018, nº 28/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:91 y de 27/9/2018, nº 284/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:2725, así como la Resolución 112/2019 de este Órgano); por



análogos motivos, el PBL tampoco puede calcularse para facilitar las estrategias de las partes implicadas en la negociación colectiva.

[Resolución 136/2022](#)

Las alegaciones de la Administración sobre el incremento del 2% deben aceptarse. Este acuerdo de 6 de abril de 2022, del Director de Trabajo y Seguridad Social, fue publicado en el BOPV y en el REGCON el día 1 junio de 2022, esto es, con posterioridad a la fecha de elaboración del informe del poder adjudicador de contestación al recurso especial. El artículo 100.2 de la LCSP establece que el mandato de adecuación al precio de mercado se refiere al momento de elaboración del PBL (en el mismo sentido, ver el artículo 102.3 de la LCSP). Consecuentemente, no cabe imputar al poder adjudicador incumplimiento alguno si en dicho momento (necesariamente anterior a la aprobación de los pliegos y de la publicación del anuncio de licitación) no le constaba, mediante publicidad registral o en el BOPV o por cualquier otro medio un convenio o acuerdo que alterara el coste laboral del contrato.

(...)

Finalmente, este OARC / KEAO considera especialmente relevante el hecho de que un total de once empresas han presentado ofertas a los tres contratos impugnados; concretamente, para todos los lotes de los tres contratos (22 en total) se han presentado cuatro (en un lote), ocho (en ocho lotes), nueve (en ocho lotes) y hasta diez proposiciones (en cinco lotes). Esta circunstancia es un claro indicio de que los operadores económicos no consideran inadecuado el precio contractual y evidencia que las condiciones propuestas por la Administración no han impedido la concurrencia a las licitaciones. Téngase en cuenta que, en última instancia, el “precio de mercado” no es el resultado de un cálculo o desglose de costes, siempre estimativo y sujeto a fluctuaciones, sino el precio en el que efectivamente formalizan sus transacciones mercantiles compradores y vendedores, y en este caso parece claro que estos últimos se proponen contratar a partir de las bases económicas fijadas por el poder adjudicador; asimismo, es significativo el hecho de que la propia AUZO LAGUN ha presentado oferta a un total de once lotes pertenecientes a los tres contratos



recurridos, lo que resta credibilidad a su impugnación, pues ninguna empresa aspira a un negocio si no lo considera ventajoso (ver, por ejemplo las Resoluciones 64/2013, 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1/2/2018, número 28/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:916 y de 27/9/2018, número 284/2018, ECLI: ES:TSJPV:2018:2725).

[Resolución 152/2022](#)

El recurrente alega que el precio contractual y el PBL no se ajustan al mercado, como piden los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP. Sobre este motivo de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) En relación con el mandato legal de que el precio del contrato o el PBL sean adecuados al mercado (ver, en especial, los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP), este Órgano ha venido señalando (ver, por todas, la Resolución 113/2022) que el poder adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para determinar ambas magnitudes, y que corresponde a quien impugna dicha determinación la carga de probar, más allá de las vicisitudes propias del mercado, que el cálculo de las condiciones económicas propuestas contiene errores graves, por lo que no cabe esperar una concurrencia suficiente ni está garantizada la correcta ejecución del contrato. En todo caso, el desglose de costes que pide el artículo 100.2 de la LCSP es un instrumento para cumplir el mandato de adecuación al mercado, por lo que la prueba no se satisface con el mero reproche a las omisiones o a las opciones metodológicas de dicho desglose, especialmente teniendo en cuenta que tales cuestiones son irrelevantes, por sí solas, para el potencial licitador (que es precisamente quien mejor conoce los costes de sus productos y el mercado en el que opera) si no se acompañan de la acreditación de la insuficiencia del PBL (ver la Resolución 148/2021 del OARC / KEAO). Igualmente, se ha señalado que, más allá de que el citado artículo 100.2 pida que el desglose incluya ciertas partidas, no cabe exigir que se exponga pormenorizadamente todos y cada uno de los conceptos económicos que, a juicio del recurrente, afectan a la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 212/2021 del OARC / KEAO).



- 2) En este contrato es especialmente difícil concluir en la inadecuación del PBL, más allá de las vicisitudes del mercado, del margen de apreciación atribuido al poder adjudicador y de la propia naturaleza estimativa de cualquier valoración previa (no debe olvidarse que, en última instancia, el efectivo precio de mercado solo se determina por las transacciones realmente producidas en él; ver, por ejemplo, la Resolución 136/2022 del OARC / KEAO). En primer lugar, uno de los componentes más significativos del coste de la prestación, el combustible, es un producto cuyo precio tiene un alto grado de volatilidad que hace difícil predecir cambios al alza o a la baja en el mismo respecto a la estimación inicial (de hecho, últimamente parece tender a la baja).¹² En segundo lugar, la vigencia máxima del contrato asciende a 40 meses de ejecución efectiva (además de los meses de julio y agosto, en los que se suspende la ejecución de la prestación), lo que aumenta la dificultad de prever las oscilaciones en dicho periodo del coste del combustible, del de otros componentes e incluso la misma evolución de la inflación; así, es posible que en un periodo tan prolongado se sucedan fases con costes más o menos altos, y que todas ellas se compensen total o parcialmente en cómputo global al finalizar el contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2022 del OARC / KEAO).
- 3) A partir de lo expresado en los apartados 1) y 2) anteriores, este Órgano entiende que el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:
- (i) La respuesta del poder adjudicador ha discutido algunos aspectos de las alegaciones de la recurrente lo que, como mínimo, provoca dudas razonables sobre su argumentación y, por el contrario, acredita que las opciones tomadas por el poder adjudicador para el cálculo del PBL no exceden los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste en esta materia; es el caso, por ejemplo, de la omisión de las ayudas a la compra de combustible, de los criterios de imputación de los costes a la prestación contractual o del cálculo del ajuste de los incrementos salariales.

¹² Ver [Precios Carburantes \(energia.gob.es\)](https://energia.gob.es)



- (ii) En particular, las alegaciones efectuadas por el recurrente sobre la insuficiencia de los importes económicos referidos a los medios materiales no pueden ser aceptadas. En concreto, para justificar el porcentaje de incremento en la partida de “amortización” se utiliza el argumento de la variación del IPC en los “valores de compra de cada tipología de autobús entre enero de 2020 y mayo de 2022”, cuando las bases de la licitación no imponen a los licitadores la obligación de poner a disposición del contrato un autobús nuevo (únicamente se excluyen de la licitación aquellos cuya primera matriculación sea anterior al 31/12/2008), ni el vehículo ofertado tiene por qué ser destinado única y exclusivamente a la prestación del servicio. En lo que respecta a los costes de los vehículos de reserva, cabe realizar análoga observación, además de tener en cuenta que su disponibilidad está limitada a las averías o supuestos de fuerza mayor que afecten al vehículo preferente y que se puede solicitar su sustitución en cualquier momento de la ejecución del contrato (cláusula 2.2 y 2.3 del PPT).
- (iii) La confrontación de la suma fijada como presupuesto del contrato con las apreciaciones de un informe pericial de parte, para ser eficaz no puede limitarse a expresar el punto de vista del técnico contratado al efecto que más allá de lo estrictamente cuantificador implique categorías jurídico – administrativas a veces voluntaristas y carentes de refrendo en las bases o en la legalidad administrativa contractual, como lo serían la necesidad de cuantificar un tasado “beneficio industrial” o unos “gastos generales” (ver, en este sentido, la STSJPV de fecha 27 de septiembre de 2018, ECLI:ES:TSJPA:2018:2725), o la exigencia de una revisión de precios del contrato. A este respecto, se ha de tener en cuenta que el artículo 131 del RGLCAP no es de aplicación automática al contrato de servicios por estar referido única y exclusivamente el contrato de obra.
- (iv) No se considera relevante, a los efectos del recurso, el hecho de que el desglose de costes del contrato no recoja una partida específica de beneficio industrial, exigencia que tampoco se deriva del artículo 100.2 de la LCSP. Como ya se ha expresado, la exigencia del desglose de costes



tiene un carácter instrumental para conseguir el objetivo de la adecuación del precio contractual al mercado; por ello, la omisión denunciada solo es relevante si ha llevado a la consignación de un precio inadecuado. En este caso, el órgano de contratación ha explicado que dicho beneficio se deduce del exceso con el que se han calculado ciertas partidas de gasto y del análisis del precio máximo por itinerario.

[Resolución 165/2022](#)

La misma observación es extensible a las medidas sanitarias contra el COVID 19, con el añadido de que, además, el recurso pretende que el PBL incluya no solo el importe correspondiente a las medidas en vigor, sino también el de las que, en cada momento, establezcan las autoridades sanitarias. Esta última pretensión es inaceptable por ser contraria al principio de riesgo y ventura, que impide que el contrato blinde al adjudicatario contra cualquier eventualidad perjudicial para él o le garantice una rentabilidad mínima, sin perjuicio de la posible indemnización por otras vías legales (“factum principis”, legislación especial, etc.).

[Resolución 191/2022](#)

Según consta en el expediente, HAZI ha calculado el presupuesto del contrato con base en el de otro anterior de objeto similar (módulo funcional de matadero móvil sobre semirremolque). Ello no significa que ambos precios hayan de ser idénticos, sino que, como bien explica HAZI en su respuesta al recurso, el del contrato antecedente es el punto de partida para calcular el precio del nuevo a la vista también de las peculiaridades de este último. Consecuentemente, que el recurso incida sobre las diferencias entre ambos contratos es insuficiente para desvirtuar la adecuación del PBL, sobre todo teniendo en cuenta que no se aporta ningún cálculo que permita apoyar la incorrección del precio marcado en los pliegos ni cuantificar dicha infracción. Debe señalarse que las meras discrepancias con la metodología elegida por el poder adjudicador para calcular el PBL no son suficientes para impugnarlo con éxito si no se demuestra la improcedencia de su importe en los términos expresados en el apartado 1) anterior (ver, por ejemplo, la Resolución 155/2022 del OARC / KEAO).



[Resolución 198/2023](#)

En relación con la utilización del convenio 2020 en lugar del convenio 2022-2025, debe aceptarse la alegación del poder adjudicador. El PBL, en lo que afecta a los costes salariales, ha de fijarse tomando como referencia el convenio sectorial correspondiente (artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP); dicho convenio no puede ser otro que el vigente en el momento de elaborar el PBL (ver, por ejemplo, la Resolución 87/2023 del OARC / KEAO).

[Resolución 127/2024](#)

De la nueva metodología de cálculo del PBL propuesta, en la que se pretende que incluso se compensen los tiempos de vacío, espera e inactividad del autocar, se desprende una aspiración a eliminar el riesgo y ventura del contrato (artículo 197 de la LCSP). Debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador pretende comprar un servicio, el transporte por carretera de un concreto colectivo de viajeros, con unas determinadas especificaciones de calendario, horarios y frecuencias, y para ello acude al mercado en el que prestan sus servicios, en régimen de competencia, operadores económicos que organizan, dirigen y planifican su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado en el que operan y al que acuden todos los demandantes de dichos servicios, por lo que pueden completar los tiempos de inactividad del autocar con otros contratos. En resumen, el recurrente no solo pretende garantizarse una rentabilidad mínima o una cobertura frente a cualquier evento perjudicial que se pudiera derivar del contrato impugnado, lo cual no procede por la aplicación del principio de riesgo y ventura (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO, confirmadas por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1/2/2018, nº 28/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:91 y de 27/9/2018, nº 284/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:2725, así como la Resolución 112/2019 de este Órgano), sino que pretende que se subvencione parte de su actividad.



5.3.2. Concepto y función del valor estimado

[Resolución 39/2019](#)

Téngase en cuenta que el valor estimado es una estimación que 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, en este sentido la Resolución 104/2015 del OARC/KEAO y la jurisprudencia en ella citada). Consecuentemente, al tratarse de una estimación del valor económico máximo del contrato, el cálculo efectuado por el órgano de contratación de computar todos los días del plazo de ejecución y de sus prórrogas como susceptibles de ser facturados, es correcto.

[Resolución 192/2023](#)

El recurso considera que el valor estimado del contrato está incorrectamente calculado porque no incluye determinados costes. Se alega que no se ha computado (i) el coste de adquisición de todos los elementos necesarios para la prestación del servicio según el apartado 1b) de la carátula del PCAP, (ii) el coste de conservación y mantenimiento de todas las instalaciones necesarios para la efectiva prestación del servicio, (iii) el coste de la nave – garaje (cláusulas 11ª del PCAP y 7 del PPT), (iv) la amortización completa de las obras para incrementar la potencia instalada, (v) el coste de las pólizas de seguro (apartado 13.5 del PPT), (vi) el coste de las auditorías y, finalmente, (vii) el coste de las “posibles modificaciones” que, a pesar de lo indicado en el apartado 4.4 de la carátula del PCAP (titulada “Valor estimado del contrato”), sí se contemplan en otros apartados de los pliegos, concretamente en la cláusulas 26.4 del PCAP, (eventual sustitución de baterías de los vehículos eléctricos adscritos al servicio), 4.2 del PPT (modificaciones en la prestación de los servicios que el poder adjudicador estime oportunas para mejorar los mismos) y 11 del PPT (posibilidad de incorporar otro tipo de combustibles, motores o, en general, cualquier modificación que suponga



una mejora medioambiental en cuanto a emisiones contaminantes, ruido, etc.). Sobre este motivo de recurso, se observa lo siguiente:

- 1) El valor estimado del contrato (en adelante, VEC) es un concepto económico que representa la remuneración o volumen máximo del negocio que un contrato puede representar para el potencial contratista. Sus finalidades básicas son determinar el procedimiento de adjudicación y el ámbito de publicidad aplicable en razón de la cuantía del contrato, así como otros aspectos relevantes (inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, solvencia o clasificación exigible, etc.) e 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, (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2015 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/1/2007, asunto C-220/05).
- 2) El artículo 101 LCSP establece las reglas para el cálculo del VEC. Por lo que afecta al objeto de la presente Resolución, son especialmente importantes las relativas a que el VEC de los contratos de servicios incluirá el importe total, sin IVA, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación (letra a) del artículo 101.1 LCSP) y el importe máximo de las modificaciones previstas reguladas en el artículo 204 LCSP (letra c) del artículo 101.2 LCSP).
- 3) El apartado 4.4 de la carátula del PCAP cifra el VEC en 13.628.175,85 euros, e incluye dos conceptos: (i) la “duración inicial” (10.902.540,68 euros) y (ii) las “Prórrogas previstas” (2.725.635,17 euros). Además, añade que “no se prevén” posibles modificaciones del contrato.

A la vista de lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores, en los siguientes epígrafes se señalan las apreciaciones de este Órgano:

- e 1) Sobre las modificaciones previstas en los pliegos no incluidas en el valor estimado

Sobre esta cuestión, se formulan las siguientes consideraciones:



- 1) Los pliegos infringen el artículo 101.2 c) de la LCSP que, en síntesis, requiere que se compute en el VEC el importe máximo estimado de las modificaciones contractuales al alza previstas en los pliegos o el anuncio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 LCSP. Es claro que las cláusulas 4.2 y 11 del PPT describen auténticos supuestos de modificación contractual que pueden suponer una contraprestación adicional pagadera al contratista y cuyo importe máximo al alza no se ha computado en el VEC, por lo que el cálculo de este último concepto está incompleto. Es cierto que los pliegos no establecen dicho “importe máximo al alza”, como pide el artículo 204.1 b) LCSP, pero esa omisión (y otras infracciones evidentes de este precepto sobre las que el OARC / KEAO tampoco puede pronunciarse en virtud del principio de congruencia establecido en el artículo 57.2 LCSP por no haber sido objeto de impugnación) no puede impedir reconocer que el VEC fijado en los pliegos no cumple su función de informar a los interesados de la importancia económica del contrato porque no solo no computa (ni calcula) una cantidad legalmente “pagadera”, sino que además niega que dicha posibilidad se prevea.
- 2) Lo expuesto en el apartado a) anterior no es aplicable a la cláusula 26.4 del PCAP. A juicio de este Órgano, en ella no se regula, siquiera de manera incompleta, una modificación prevista en los pliegos de las recogidas en el artículo 204 LCSP. Por el contrario, de la literalidad de la estipulación se deduce que se trata de establecer “como causas imprevistas no sustanciales de modificación del contrato” la eventual necesidad de sustituir las baterías de los vehículos eléctricos adscrito al servicio por el motivo de que “...el precio de mercado actual es muy variable”, lo que parece aludir precisamente a la dificultad de cumplir con el requerimiento del artículo 204.1 LCSP de que el alcance y los límites de la modificación prevista se fijen de modo unívoco, claro y detallado.

(...)

En los epígrafes siguientes se expresan las observaciones de este Órgano sobre la no inclusión en el VEC de los costes enumerados del (i) al (vi) al principio de este apartado e):



- 1) Los citados costes no son conceptos que deban integrarse en el VEC, y ello por la razón de que su importe no es “pagadero” en virtud del contrato, sino que se trata de costes que el adjudicatario habrá de asumir para cumplir las obligaciones contractuales. Esta condición de “importe pagadero” figura en el artículo 101.1 a) LCSP, pero es aún más clara en el artículo 5.1 de la Directiva 2014/24/UE (norma traspuesta al Ordenamiento interno por el citado precepto de la LCSP), que establece que el cálculo del VEC se basará en el importe total a pagar estimado por el poder adjudicador. El artículo 101.2 LCSP sí establece que en dicho cálculo “deberán tenerse en cuenta” determinados costes de producción de los servicios adquiridos como los gastos laborales establecidos en los convenios colectivos sectoriales, los referidos a la ejecución material del servicio o los gastos generales. Significativamente, no hay un contenido similar en el artículo 5 de la Directiva 2014/24/UE, parámetro obligado de la interpretación de la LCSP y que no alude a los costes para el contratista, sino a su remuneración máxima posible derivada de la obtención del contrato.
- 3) A juicio de este Órgano, la aparente contradicción entre la Directiva 2014/24/UE y el artículo 101 LCSP, cuya redacción no es excesivamente precisa en este punto, debe salvarse entendiendo que las menciones de este último precepto a ciertos costes no piden que el VEC se incremente en el importe de dichos costes, algo que sería contrario a la naturaleza de esta figura legal tal y como la se concibe en su origen en el Derecho de la UE. En realidad, el artículo 101.2 LCSP es en este punto una reiteración de los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP, especialmente preocupados porque el PBL y el precio, respectivamente, se calculen incluyendo determinados conceptos económicos, con la finalidad de que el precio contractual se ajuste al mercado. Consecuentemente, dado que el PBL acaba por formar parte del VEC, dichos costes se tienen en cuenta indirectamente en el cálculo del VEC, aunque no son parte de él por no suponer remuneración para el contratista.
- 4) A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, la alegación de la recurrente sobre los costes señalados con los epígrafes (i) a (vi) en el principio de la letra e) de este Fundamento jurídico debe entenderse no tanto referida al



VEC (que, formalmente, es la cláusula impugnada) como en el sentido de que el PBL (importe máximo de gasto que el contrato puede suponer para el poder adjudicador) es insuficiente porque no incluye dichos costes. Así lo confirma la literalidad del recurso, que señala que el órgano de contratación ha obviado “costes muy significativos y relevantes asociados al contrato que, a pesar de no haber sido tomados en consideración al elaborar el valor estimado del contrato, deben ser satisfechos por el contratista para poder cumplir con las exigencias de la actuación administrativa impugnada”.

5.3.3. Coste de amortización establecido en el presupuesto

[Resolución 85/2019](#)

Además de lo señalado en la letra anterior, este OARC / KEAO considera que la alegación del recurrente de que, según se establece en el presupuesto desglosado del contrato, solo cabe amortizar 30.000 € de la inversión realizada por cada año de duración del mismo, es irrelevante. El coste de amortización que aparece en el desglose del presupuesto no es más que un mero cálculo o aproximación realizado por el poder adjudicador para la correcta estimación del precio del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP. Dicho cálculo no obliga al adjudicatario a la hora de aplicar este coste a sus cuentas, sino que será la normativa fiscal y/o contable correspondiente la que establezca las reglas o métodos de amortización que deben seguirse para su determinación, ni tampoco influye en el contenido de su oferta, la cual se elaborará de acuerdo con sus propias estimaciones económicas y estrategias comerciales. Por otro lado, los equipos podrán ser utilizados también en la ejecución de otros contratos, pues transcurridos los dos años de vigencia máxima del contrato impugnado, estos no pasan a ser propiedad del poder adjudicador.

5.3.4. Cobertura presupuestaria del contrato

[Resolución 28/2020](#)



El recurso alega que la adjudicación impugnada es nula según los artículos 38 b) y 39 .2 b) de la LCSP por carecer de cobertura presupuestaria. A juicio de este Órgano, el recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El artículo 39.2 b) de la LCSP establece que serán nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra, entre otras, la circunstancia de carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas sujetas a la Ley, salvo los supuestos de emergencia.
- 2) Según el artículo 19.3 de la Norma Foral 21/2003, los acuerdos, disposiciones, resoluciones y actos emanados de la Administración local, en virtud de los cuales se pretendan adquirir compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos, de carácter limitativo, autorizados en el estado de gastos, adolecerán de nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar (ver también, con una redacción similar, el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales). De acuerdo con esta norma, y teniendo en cuenta que el artículo 39.2 b) de la LCSP se refiere a los contratos “celebrados”, hay que entender que la LCSP considera nulo el contrato perfeccionado (es decir, formalizado, a la vista del artículo 36.1 de la LCSP) sin cobertura presupuestaria, pues es en ese momento y no antes cuando se adquiere el “compromiso de gasto”. Consecuentemente, es con anterioridad a ese momento cuando hay que apreciar la carencia de crédito causante de nulidad.
- 3) Los recurrentes se basan para fundamentar se reproche de nulidad en la ausencia del certificado de existencia de crédito exigido como parte del expediente en el artículo 116.3 de la LCSP. Sin embargo, cualesquiera que pudieran ser las irregularidades de la dotación presupuestaria con la que el procedimiento de adjudicación se tramitó, no es necesario que este Órgano entre ahora a valorarlas, y ello, por dos razones: en primer lugar, porque afectan a actos o documentos contractuales con plazo de impugnación autónomo (artículo 44.2 a) de la LCSP) y no han sido recurridos en tiempo y forma, por lo que cualquier alegación al respecto es ya extemporánea y, en segundo lugar,



porque son irrelevantes para el caso porque lo determinante ahora es si la adjudicación (momento procedimental previo a la formalización) se ha producido con carencia de crédito adecuado y suficiente. Este último extremo no solo no ha sido probado por el recurso, sino que ha sido desmentido en el informe del poder adjudicador por una funcionaria competente en razón de su cargo como es la interventora municipal, cuya exposición se comparte por el OARC / KEAO, en particular en lo referido a que el gasto no precisa créditos de compromiso.

- 4) Por último, debe señalarse que la obligación establecida en el artículo 35.1 I) de la LCSP de que el contenido mínimo del contrato incluya el crédito presupuestario con cargo al que se abonará el precio, se refiere, como se deduce de la expresión “los documentos en los que se formalicen los contratos” al contrato como documento escrito y no al contrato como institución jurídica generadora de derechos y obligaciones.

[Resolución 109/2023](#)

A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, se observa que la impugnación carece de sustento, pues Consejo de Gobierno ha «autorizado» el gasto, entendido éste como el acto por el cual se acuerda su realización por importe cierto o aproximado con cargo a un determinado crédito de pago reservando a tal fin la totalidad o una parte disponible del mismo (artículo 111.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen presupuestario de Euskadi y se regula el régimen presupuestario aplicable a las fundaciones y consorcios del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 24 de mayo). El documento que reclama el recurrente consiste únicamente en el reflejo contable informático de esta decisión (artículo 3.3 de la Orden de 26 de abril de 2007, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se regula la tramitación anticipada de expedientes de gasto con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi).



5.3.5. Contratos por precio unitario

[Resolución 81/2020](#)

El recurrente alega falta de concreción en los pliegos de las obligaciones que asumirá el contratista. A juicio de este Órgano, esta alegación debe rechazarse. El contrato está definido en los pliegos como incluido en la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, que describe los contratos de servicios en los que "...el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración..." Lo característico de estos contratos, usualmente llamados "de tracto sucesivo y carácter periódico" es que el poder adjudicador desea asegurarse durante un periodo de tiempo un tipo de prestación habitual y reiterada; esa vinculación en el tiempo de vigencia de la relación (el "tracto") es el objeto principal del contrato, siendo secundario que dicho objeto se traduzca finalmente en una cantidad u otra de concretos servicios, razón por la que la magnitud inicialmente prevista es en todo caso estimativa, si bien debe aprobarse un presupuesto máximo.

En los pliegos constan, en coherencia con la citada Disposición adicional, la descripción de los servicios, su precio unitario de licitación, el número estimado de servicios que se prevé adquirir y el presupuesto máximo. Consecuentemente, el objeto del contrato está suficientemente descrito de acuerdo con su condición de relación periódica y de tracto sucesivo, sin perjuicio del margen de incertidumbre respecto al número de unidades finalmente solicitadas, que es inherente a esta modalidad contractual. El hecho de que, adicionalmente, los pliegos señalen un calendario de eventos para un año de vigencia del contrato e indiquen que en años sucesivos pueden cambiarse dichos eventos no altera la naturaleza del contrato ni desmiente la suficiencia del contenido de los pliegos, pues en todo caso son aplicables los precios, las cantidades estimadas y el presupuesto máximo ya fijados, sin perjuicio de que, en su caso, pueda incrementarse este último mediante el procedimiento previsto para las modificaciones del contrato. Llegados a este punto, este OARC /



KEAO considera que, en contra de lo que alega el recurrente, los pliegos contienen información adecuada para elaborar una oferta.

5.3.6. Forma de determinación del precio

[Resolución 112/2021](#)

Lo que la recurrente plantea es si, en el caso del Lote 1, los pliegos contienen la información adecuada para la formación de la voluntad contractual del licitador y, consecuentemente, si definen de forma correcta las obligaciones que asumirá el futuro contratista. Se observa la existencia de una discrepancia entre la interpretación efectuada por la recurrente y la del poder adjudicador sobre la forma de determinar el precio del contrato y las obligaciones derivadas de ello, como puede ser el abono del precio del contrato. Así, mientras la recurrente considera que el precio del contrato ha sido fijado a tanto alzado, el poder adjudicador considera que lo es por precios unitarios.

El examen de esta cuestión debe partir de la estructura de la obligación y la forma en la que el poder adjudicador solicita que se presenten las ofertas. A estos efectos, resulta relevante que el presupuesto base de licitación del lote 1 es de 665.463,51 €, sin IVA para una duración inicial de dos años (apartados 8 y 9 del cuadro de características del PCAP), que se debe licitar a la baja, y el sistema de determinación del precio es a tanto alzado (cláusula cuarta) que se abonará, de forma resumida, por cada servicio previa presentación de factura de los trabajos efectivamente realizados mensualmente desglosado por horas, cuando ello sea posible (apartado 10 del cuadro). Además, en lo que respecta a uno de los cinco servicios que comprenden el Lote 1, el referido a “Actividades físicas y deportivas”, el Pliego de prescripciones técnicas adjunta una previsión de actividades (Anexo 3 del PPT) y señala que el Patronato Municipal de Deportes “Se reserva el derecho a suspender los cursos que no cubran el mínimo de plazas previstas” (página 6 del PPT).

En conclusión, en lo que concierne al Lote 1, nos hallamos ante un contrato de los llamados de tracto sucesivo y carácter periódico en que el poder adjudicador desea asegurarse durante un periodo de tiempo un tipo de prestación habitual y reiterada y



el precio del contrato ha sido fijado a tanto alzado debiendo efectuar el licitador, a tal efecto, una única oferta económica por la totalidad de los cinco servicios que comprenden el lote 1 para los dos años de duración del contrato. No obstante, la cláusula cuarta manifiesta que alguno de los servicios (no se especifica cuál) se va a abonar por unidad, según las prestaciones efectivamente requeridas y prestadas.

Las observaciones de este OARC / KEAO sobre las dos objeciones efectuadas por la recurrente a la fijación del presupuesto del Lote 1 son las siguientes:

a.1) La prestación de “Actividades físicas y deportivas”

En lo que respecta a esta prestación el recurso debe ser estimado, ya que los pliegos establecen una estructura de la obligación defectuosa, siendo varios los principios de la contratación pública infringidos:

- 1) Se infringe el principio de determinación del objeto del contrato establecido en el artículo 99 de la LCSP, pues la prestación “Actividades físicas y deportivas” comprendido en el Lote 1 se halla indeterminada en cuanto a su extensión. A esta conclusión se llega del análisis de las cláusulas que contienen las obligaciones económicas y las prescripciones técnicas del contrato en las que, por un lado se establece un presupuesto base de licitación a tanto alzado, que implica que el licitador debe ofrecer un precio por la totalidad de los servicios a prestar durante la duración inicial del contrato (dos años) y, por otro, que “NO puede definirse con exactitud la cuantía de las distintas unidades que conforman el contrato (horas,...) al tiempo de celebrar éste, por estar subordinadas a las distintas variables que conforman su cálculo.(...)”, lo cual supone que se debe ofertar un precio cerrado, sin posibilidad de ofertar precios unitarios, por un número de unidades no definidas de antemano ni siquiera estimativamente.
- 2) Los pliegos recurridos incumplen el principio de transparencia (artículo 1 del TRLCSP), ya que el licitador carece de la información necesaria para efectuar sus propios cálculos y facilitar el precio a tanto alzado demandado por los pliegos para la ejecución del Lote 1. Además, solicitada esta información por la recurrente, las explicaciones facilitadas por el poder adjudicador vienen a



reiterar las contradicciones del pliego sin clarificar la duda planteada, todo ello al margen de que dicho trámite no ha cumplido con los requisitos de publicidad del artículo 138.3 de la LCSP.

- 3) No se han respetado las reglas para determinar el precio del contrato de servicios, que disponen que podrá fijarse el precio del contrato a un tanto alzado cuando no es posible o conveniente su descomposición (artículo 309 de la LCSP). Sin embargo, tanto de la interpretación que efectúa el poder adjudicador de la forma en la que se demanda la prestación (por unidades sucesivas sin que el número total de las incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud) como de las cláusulas que se refieren a la forma de pago del precio se desprende que es posible descomponer el precio del contrato y, en cualquier caso, en el expediente no consta la conveniencia de no descomponerlo.
- 4) De cualquier manera, la imposibilidad de poder definir de antemano el número o tipo de actividades que se van a requerir durante la ejecución del contrato no justifica la redacción de unos pliegos contradictorios en los que, de una parte, se fija un presupuesto base de licitación y se solicita de los licitadores un precio a tanto alzado para la ejecución de unos servicios que se hallan indeterminados en cuanto a su extensión y, de otra, se manifiesta que el pago de los servicios se efectuará por unidades desconociéndose el precio de la unidad y cómo se detraerán las cantidades del precio alzado ofertado. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los pliegos y demás documentación preparatoria tienen que integrar de una forma concordante todos los aspectos técnicos, económicos, presupuestarios y jurídicos que afectan al contrato y si el número total de prestaciones no se puede definir con exactitud al tiempo de celebrar el contrato por estar subordinadas a las necesidades de la Administración, la LCSP permite articular un contrato en el que se obligue al contratista a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, debiéndose aprobar a tal efecto un presupuesto máximo (Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP).



5) Finalmente, se vulnera el principio de precio cierto. El artículo 102.1 LCSP establece que “los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado.” El principio del precio cierto supone que este elemento debe constar en el contrato y no puede dejarse a resultas de actuaciones posteriores a la perfección del mismo, que es lo que ocurre en este supuesto cuando el poder adjudicador se reserva el derecho a suspender los cursos en los que consiste el servicio de “Actividades físicas y deportivas” y a detraer cantidades del precio del contrato o cuando a requerimiento de información por la recurrente, se manifiesta que las unidades adicionales no definidas se abonarán aparte. A este respecto, 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 y Resolución 55/2014 de este OARC / KEAO confirmada por la STS de 28/11/2017, nº 18585/2017, ECLI: ES:TS:2017:4518).

5.3.7. Costes desglosados, valor estimado y derechos salariales

[Resolución 117/2021](#)

Por otro lado, la información desglosada sobre costes que componen el presupuesto base de licitación tiene la finalidad de procurar el cumplimiento del mandato de que éste se adecúe al mercado (artículo 100.2 de la LCSP). El valor estimado, por su parte, es un concepto que sirve para medir la importancia económica de un contrato y determinar, de ese modo, el régimen jurídico que le es aplicable a efectos de, por ejemplo, clasificación y solvencia o de sujeción a la regulación armonizada o al recurso especial (ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, asunto “Auroux”, ECLI:EU:C:2007:31, C-220/05, y la Resolución 61/2014 del OARC / KEAO). Ambos conceptos pueden afectar a los operadores económicos potencialmente interesados en obtener la adjudicación del contrato, pero ninguno de ellos regula o influye de ningún modo en los derechos salariales o de cualquier otro tipo de los trabajadores adscritos a la ejecución de la



prestación contractual, los cuales se derivan de las normas, convenios colectivos o contratos de trabajo aplicables, cuyo contenido no es materia del recurso especial y, como ya se ha dicho, no puede alterarse en virtud de las resoluciones de este Órgano.

5.3.8. Inadecuación entre la prestación y su financiación

[Resolución 192/2023](#)

Por otro lado, la cláusula y su régimen económico no son adecuados al mandato de coherencia de la naturaleza de las prestaciones y las características de su financiación con la duración del contrato (artículo 29.1 LCSP). Debe tenerse en cuenta que se trata de una obligación gravosa cuya amortización solo se produce en una parte muy reducida durante la vigencia del contrato; además, el precio ofertado ya debe comprender el coste de la inversión correspondiente al periodo inicial de vigencia y no se abona a la finalización del contrato el importe de la amortización pendiente, quedando el contratista con la titularidad de la instalación eléctrica. Consecuentemente, el adjudicatario podría quedar, a la finalización del contrato, como titular de unos equipos a los que les faltan 45 o 46 años para terminar de amortizarse (al menos, según los cálculos del poder adjudicador) y a los que difícil o costosamente les puede encontrar una utilidad en el resto de su actividad productiva, y menos en un periodo tan prolongado. En realidad, esta inadecuación entre la prestación y su financiación y la duración de la relación contractual no es sino una variante de la falta de ajuste al mercado del precio del contrato, y también, como dicha irregularidad, supone un perjuicio para la concurrencia al procedimiento de adjudicación porque hace menos atractiva o dificulta la presentación de una oferta viable (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2017 del OARC / KEAO).

5.3.9 Revisión de precios

[Resolución 030/2023](#)



El recurrente considera que es de aplicación al contrato cuyos pliegos impugna la “Ley 15/2009” y, por consiguiente, lo dispuesto en su artículo 38 conforme a la redacción dada por el “Real Decreto-ley 3/2022”, consistente en aplicar la revisión del precio del transporte en función de la variación del precio del combustible. Este OARC / KEAO considera que dicha alegación no puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) El contrato impugnado está incluido en el ámbito objetivo de la LCSP; concretamente, se trata de un contrato de servicios de los descritos en el artículo 17 de dicha norma. Ello supone que, en todo caso, el régimen jurídico de los contratos públicos es normativa especial respecto al de la citada Ley 15/2009, normativa general.
- 2) Consecuentemente, debe aplicarse al caso el sistema de revisión de precios establecido en los artículos 103 y siguientes de la LCSP para todas las entidades del sector público, que no permite la revisión que reclama DAORJE. Este criterio se confirma por lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que establece que las revisiones de los precios y tarifas de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy en día, la LCSP) se regirán por lo dispuesto en el mismo.
- 3) Además, a juicio de este Órgano, no parece que las prestaciones del contrato analizado sean propias de los contratos regulados en la Ley 15/2009, que se refiere al transporte de mercancías por carretera, pero no al traslado de residuos, recogido en el Real Decreto 553/2020, de 2 de junio, por el que se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado (ver, en este sentido, la Resolución 189/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

5.3.10 Costes de desvinculación del personal

[Resolución 040/2023](#)



(...) el alcance del concepto “otros gastos de personal”, que obedecería a los gastos de desvinculación de personas trabajadoras con menor experiencia habida cuenta de que el número de horas totales del personal subrogable es superior al exigido en el PPT (reubicación en otros contratos, despido objetivo o despido improcedente). Este último concepto no es, por cierto, una partida que deba incluirse en el PBL; en este sentido, la Resolución 156/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) señala que “los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato...porque no están remunerando prestación alguna”. Consecuentemente, los correspondientes importes pueden considerarse excedentarios a los efectos de determinar la adecuación del PBL, pudiendo aminorar hipotéticas insuficiencias en otras partidas

5.3.11 Valor estimado del contrato de concesión

[Resolución 234/2024](#)

Conforme al artículo 101.1.a) de la LCSP el VEC de la concesión se calcula tomando el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido que, según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución de este como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios.

En relación con el concepto de “importe neto de la cifra de negocios” este Órgano ha señalado con anterioridad (ver, en este sentido, la Resolución 36/2024) que, en resumen, engloba el importe de la venta de bienes y servicios ordinarios de la empresa durante un período de tiempo, excluidos los descuentos e impuestos que sean objeto de repercusión. Ello supone que para el cálculo del VEC el poder adjudicador debe estimar el volumen de facturación por el tiempo previsto de duración del contrato, más los eventuales suministros que abone la Administración (no los hay en este caso). De acuerdo con el escrito al que se hace referencia en el Antecedente de Hecho cuarto,



el VEC asciende en este caso a 13.413.254 euros, importe superior a los 3.000.000 euros establecidos en el artículo 44.1 c) LCSP. Consecuentemente, no puede aceptarse la alegación de MOLA MOLA y del poder adjudicador, que afirman que el recurso debe inadmitirse por ser su VEC inferior a los 3.000.000 euros a los que se refiere al artículo 44.1 c) LCSP.

5.3.12 Imprecisiones en la descripción del Presupuesto Base de Licitación

[Resolución 145/2024](#)

El recurrente alega que el PBL está calculado de manera arbitraria y perjudica su opción de proponer bajas de licitación que le supongan puntuación adicional. Sobre este motivo de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) En primer lugar, debe señalarse que los supuestos errores del PBL son irrelevantes para la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en los pliegos. Del modelo de oferta económica al que deben sujetarse las proposiciones (cláusula específica 24.2 y Anexo III.1 del PCAP) se deduce claramente que la oferta debe consignar los importes ofrecidos para cada uno de los tres precios que componen la remuneración del contrato (cláusula específica 5); asimismo, se señala cuál es el importe máximo admisible para cada uno de dichos precios. Consecuentemente, los licitadores pueden conocer con certeza los límites de su oferta económica.
- 2) No obstante lo anterior, la descripción del PBL es imprecisa en varios aspectos. Así, la cláusula específica 3 del PCAP no establece un plazo máximo de duración del contrato (artículo 29.4 de la LCSP), pues no cabe entenderse por tal la fijación de un término final sin certeza sobre el inicial, lo que impide conocer con seguridad a qué periodo corresponde el importe del PBL y no se explica por qué razón el PBL aumenta para los meses del periodo de prórroga cuando el componente del precio mes es una magnitud invariable. Especialmente significativo es que no se especifica qué parte del PBL se atribuye a cada uno de los tres precios. Esta omisión no es importante por lo que se refiere al precio / mes en concepto de disponibilidad del helicóptero con



tripulación, que es una cantidad determinada por periodos temporales (“unidades de tiempo”, según el artículo 309.1 LCSP), constante durante toda la vida del contrato. Sin embargo, sí es una irregularidad relevante que no conste separada la cantidad estimada correspondiente a cada uno de los precios de las horas de vuelo ordinarias y extraordinarias (“precios unitarios” en el sentido del artículo 17 y la disposición adicional 33ª de la LCSP). Téngase en cuenta que el número estimado de las horas de vuelo de cada una de las dos clases previstas en los pliegos es un dato económicamente (y posiblemente, también técnicamente) importante que los licitadores deben conocer para una elaboración cabal de sus propuestas de precio. Este dato no puede deducirse del PBL y no figura en el PPT, que es donde debe establecerse (artículo 68.1 b) del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001). Por ello, la configuración del PBL es contraria al principio de transparencia, que exige que toda la información relevante para la confección de la oferta sea conocida por los operadores económicos para tenerla en consideración en la elaboración de sus proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2018 del OARC / KEAO y, en sentido análogo, la STJUE de 17 de junio de 2021, asunto C-23/20, ECLI:EU:C:2021:490).

5.4. Criterios de adjudicación

5.4.1. Vinculación al objeto

[Resolución 186/2018](#)

Además, este OARC/KEAO, considera que la presentación de tres estudios de las características exigidas, (i) de medición de superficies, (ii) del arbolado existente y (iii) de jardineras y arbustos, resulta desproporcionada respecto al objetivo de seleccionar la oferta más ventajosa y, por consiguiente, contraria al artículo 145.6 de la LCSP, ya que no se trata de estudios relacionados con la forma de prestar el servicio, sino que



se obliga a todos los licitadores (y no solo al contratista) a efectuar una labor de verificación física de los espacios verdes previa a la ejecución del objeto del contrato. (...)

Lo valorable en este criterio secundario de adjudicación es la mera tenencia en vigor de un plan de igualdad con el contenido previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

El artículo 145.2.1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser las características sociales referidas entre otras a los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato.

Es claro que el criterio denunciado incumple el artículo mencionado en cuanto que el plan de igualdad que se va a valorar no está ligado a la ejecución del contrato, sino que se refiere a la organización en general; por otro lado, esta vinculación al objeto contractual tampoco está explicitada en el expediente (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 c) de la LCSP). En este sentido, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos (ver, igualmente, la Resolución 660/2018 del TACRC).

[Resolución 22/2021](#)

Los pliegos establecen un criterio de adjudicación que premia el compromiso de ampliación del régimen de incompatibilidad previsto en el PPT. Este régimen exige el compromiso de los licitadores de no aceptar trabajos que afecten al término municipal de Leioa encargados por personas distintas de la Administración durante la redacción del documento objeto del contrato y hasta dos años después de su aprobación definitiva, para el adjudicatario. En síntesis, el recurrente reprocha al criterio su



carencia de vinculación con el objeto del contrato y que obstaculiza la libre competencia al prohibir a los profesionales afectados el acceso a la prestación de ciertos servicios, teniendo en cuenta que el aumento del periodo de incompatibilidad no afecta a la forma de ejecutar el contrato ni a sus resultados. Esta impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) A juicio de este Órgano, el criterio recurrido satisface el requisito de vinculación con el objeto del contrato. Para ello, es necesario partir de la finalidad de un periodo mínimo de incompatibilidad establecido en el PPT, del cual el criterio no es sino una extensión que, voluntariamente, pueden aceptar los licitadores. Dicha finalidad consiste en evitar el conflicto de intereses que se produciría o podría producirse si quien elabora un documento urbanístico lo configurara, consciente o inconscientemente, teniendo en cuenta no el interés general implícito en cualquier contrato público, sino el suyo propio. Este supuesto concurriría, por ejemplo, si se introdujeran en el PGOU contenidos que, de algún modo, propiciaran encargos lucrativos para el contratista o su personal en el ámbito geográfico y funcional del Plan, con independencia de que se trate de trabajos acordados antes o durante la ejecución del contrato o con posterioridad a su finalización, pero estando vigente el PGOU. Interesa reseñar que la introducción de esta estipulación en el PPT no ha sido impugnada por el Colegio, a pesar de que, con el razonamiento de su recurso, podía habersele formulado el mismo reproche de falta de vinculación con el objeto, pues este requisito se exige en la LCSP en los mismos términos para los criterios de adjudicación y para las condiciones de ejecución (ver el artículo 202.1 en relación con los apartados 5 a) y 6 del artículo 145, ambos de la LCSP). Además, la cláusula se inspira, como bien indica el poder adjudicador, en cláusulas similares que forman parte de códigos deontológicos aprobados, precisamente, por los Colegios de arquitectos.
- 2) A la vista del apartado a) anterior, es clara la vinculación de la incompatibilidad establecida en el PPT y del criterio impugnado con el objeto del contrato, pues ambos se refieren a la fase de elaboración del PGOU (ver el artículo 145.6 a) de la LCSP). Tampoco se comparte la alegación de que el criterio impugnado no aporta nada a la forma realizar el contrato o a sus resultados. Por el



contrario, el criterio identifica y premia que el PGOU se elabore con mayor objetividad y fidelidad al interés general porque aleja en el tiempo los hipotéticos negocios conflictivos derivados de la participación en la ejecución del contrato a los que se alude en el apartado 1) anterior, haciéndolos menos viables y atractivos para quienes podrían celebrarlos. En este sentido, el criterio impugnado es una medida adecuada para prevenir un posible conflicto de intereses que podría incidir negativamente en la ejecución del contrato (ver, por ejemplo, el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE).

[Resolución 27/2022](#)

(...) el criterio automático impugnado valora que el licitador “(...) tenga el reconocimiento de entidad colaboradora para la igualdad de mujeres y hombres. 3 puntos” que, mediante una “aclaración” publicada en la plataforma de contratación el 2 de octubre de 2021 el órgano de contratación lo extiende a otros distintivos empresariales en materia de igualdad otorgados por las Administraciones Públicas, otros de carácter equivalente o el cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener tales distintivos, certificados o etiquetas.

A juicio de este Órgano el motivo de impugnación debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) El artículo 145.2. 1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, características del contrato aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser, en lo que a la cuestión planteada en el recurso interesa los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres. El distintivo a valorar (y sus equivalentes certificados, etiquetas o procedimientos) reconoce el desarrollo de una política de igualdad a la entidad que la obtiene lo que le exige, al menos, la elaboración de un diagnóstico y un Plan de Actuación en Materia de Igualdad, así como un compromiso de ejecución de dicho plan que incluirá, entre otras, medidas dirigidas a garantizar la igualdad de trato de mujeres y hombres en las



condiciones laborales y en lo que respecta a la calidad del empleo (Decreto 11/2014, de 11 de febrero, por el que se regula el reconocimiento «Entidad Colaboradora para la Igualdad de Mujeres y Hombres»).

- 2) El criterio denunciado incumple el artículo 145.2. 1º de la LCSP mencionado en cuanto que no está relacionado con el objeto del contrato, sino que valora una característica general de la política de igualdad de la empresa, en resumen, se refiere a un aspecto de la organización del licitador, no de su oferta en cualquier etapa de su ciclo de vida. En particular, el reconocimiento oficial o las medidas implantadas por el licitador en el seno de su organización en el ámbito sociolaboral a favor de la igualdad de mujeres y hombres no contribuye a la identificación de la proposición más ventajosa en tanto que no se refiere al proceso específico de prestación del servicio demandado. En este sentido, es de señalar que este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad que no procede un criterio de adjudicación que valora la implantación de un plan de igualdad entre mujeres y hombres en la organización de la empresa por no estar ligado a la ejecución del contrato (ver la Resolución 186/2018). Asimismo, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos (ver en este sentido la Resolución 143/2021 del OARC / KEAO).
- 3) Por último, hay que señalar que el órgano de contratación tampoco ha justificado en el PCAP o en el expediente la vinculación que los certificados, etiquetas o procedimientos exigidos tienen con el objeto del contrato (artículo 116.4.c) en relación con el artículo 145.1 de la LCSP).



[Resolución 103/2022](#)

Entre los requisitos que según el artículo 145.5 LCSP deben cumplir los criterios de adjudicación, que deben establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y deben figurar en el anuncio de la licitación, se halla el de que deben estar vinculados al objeto del contrato, requisito que se cumplirá cuando se refieran o integren las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de la prestación o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida (artículo 145.6 de la LCSP). Así, como regla general, este Órgano ha considerado que no pueden entenderse vinculados al objeto del contrato criterios de adjudicación que se refieren a una característica de la empresa licitadora por lo que ha considerado que incumplen este requisito de vinculación al objeto unos criterios de adjudicación que valoran que la empresa disponga de un sistema de responsabilidad social acreditado por AENOR (Resolución 143/2021), o que disponga de un reconocimiento de entidad colaboradora para la igualdad de mujeres y hombres (Resolución 27/2022) o que valore el plan de igualdad de hombres y mujeres de la organización general de la empresa (Resolución 186/2018).

(...)

En el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono (creado por el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo) las personas físicas o jurídicas públicas o privadas y trabajadores autónomos (artículo 3) inscriben los esfuerzos realizados en estos ámbitos y, consta de tres secciones, de las cuales en lo que al recurso analizado interesa, son dos las secciones relevantes: la sección a), donde se inscriben tanto las huellas de carbono de la organización como los compromisos de reducción de las emisiones de GEI asociados a las mismas (artículo 6.1), y la sección c) donde se inscribirán las compensaciones de huellas de carbono inscritas en la sección a) (artículo 8). Como se observa, la inscripción en el mencionado registro acredita la actividad y el compromiso del licitador en esta materia medioambiental pero no la referida al proceso específico de prestación del servicio demandado en este contrato, trabajos de seguridad y vigilancia desde unas



instalaciones y con unos medios técnicos puestos a disposición del adjudicatario por el poder adjudicador, de lo que se concluye que hace referencia a una cualidad de la empresa, pero no contribuye a la identificación de la proposición más ventajosa. A este respecto, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos (ver en este sentido la Resolución 143/2021 del OARC / KEAO).

[Resolución 148/2022](#)

- 1) El requisito de la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato se cumple cuando se refieren o integran las prestaciones que deben realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de la prestación o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. La LCSP cita expresamente las formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas.
- 2) A la vista de las obligaciones que el PPT exige al concesionario es indudable que la valoración de los criterios medioambientales, al igual que el criterio de adjudicación “Formación de personal”, están relacionados con el objeto del contrato, por cuanto el PPT prevé expresamente que el concesionario realice acciones en tal sentido. De esta manera, estos criterios de adjudicación cumplen con la finalidad de orientar o encauzar el contenido de las proposiciones de forma que los licitadores se tengan que adaptar lo más posible a lo deseado por el poder adjudicador si quieren obtener el contrato (en este sentido las Resoluciones 166/2019 y 96/2020 de este OARC / KEAO). Por otro lado, la



sentencia del TJUE de 10/5/2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (apartado 85), antecedente jurisprudencial de la vigente Directiva 2014/24/UE en esta materia, estableció que un criterio de adjudicación puede identificar ventajas económicas (no necesariamente monetarias) que beneficien al poder adjudicador o a los usuarios de la prestación “...pero también a otras personas”, categoría en la pueden incluirse los trabajadores que ejecutan la prestación. Esta consideración permitió aceptar como criterio de adjudicación que los bienes contratados procedieran del “comercio justo”, lo que beneficiaba exclusivamente a los productores de dichos bienes.

- 3) Mientras que de un análisis conjunto del criterio de adjudicación Plan de formación con el artículo 9 del PPT se desprende que lo valorable es el específicamente propuesto para este contrato en concreto (ver, por ejemplo, el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE), no cabe concluir lo mismo respecto al criterio de adjudicación Plan de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar. La literalidad de este criterio no explicita si el plan a valorar es el específico para el contrato o, por el contrario, es el que disponga la empresa y tampoco se deduce la conexión con el objeto del contrato de alguna otra estipulación explicitada en el expediente. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 145.2. 1º de la LCSP dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán comprender los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato, pero no los que sean parte de la organización general de la empresa (ver, por ejemplo, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO).

[Resolución 196/2023](#)

Al respecto, debe señalarse que lo valorable en este criterio automático de adjudicación es la mera disposición en plantilla de un determinado porcentaje de personas con discapacidad. El artículo 145.2. 1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser las características sociales referidas entre otras al fomento de la integración social



de personas con discapacidad asignadas a la ejecución del contrato. Es claro que el criterio denunciado incumple el artículo mencionado en cuanto que el porcentaje de discapacitados que se va a valorar no está ligado a la ejecución del contrato, sino que se refiere a la organización en general (ver, asimismo, en este sentido, el apartado 4.7 del documento Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2021/C 237/01); por otro lado, esta vinculación al objeto contractual tampoco está explicitada en el expediente (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 c) de la LCSP). En este sentido, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. Consecuentemente, debe ser estimado este motivo de impugnación.

[Resolución 095/2024](#)

En lo que respecta a la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, se debe partir del artículo 145. 6 de la LCSP, que considera que dicho requisito se cumple cuando los criterios se refieren o integran las prestaciones que deben realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de la prestación o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida. Consecuentemente, el análisis de la impugnación debe partir del contraste de los criterios impugnados con el contenido del PPT, que es el documento en el que se describe el objeto del contrato. (en este sentido, ver la Resolución 176/2019 y la Resolución 21/2021 del OARC / KEAO). De dicho contraste se observa lo siguiente:

- 1) El PPT que rige el procedimiento impugnado contiene prescripciones relativas al mantenimiento y limpieza de las instalaciones, así como a las exigencias medioambientales de los suministros y los residuos. En concreto, se exige del contratista que elabore un plan anual de mantenimiento y limpieza (cláusula 1),



que las instalaciones objeto del contrato estén en correcto estado de mantenimiento, conservación y limpieza para los usos a los que están destinados (cláusula 4.12), que asuma la responsabilidad del correcto y adecuado funcionamiento, mantenimiento y limpieza de las infraestructuras, edificaciones, instalaciones, mobiliario y equipamiento deportivo (cláusula 4.15). Por su parte, la cláusula 4.19 desarrolla las obligaciones de contenido medioambiental a exigir en el tratamiento de los residuos y en la utilización de suministros (no podrán utilizarse ambientadores, pastillas o sustancias perfumadas para urinarios, ni productos en spray). A la vista de estas obligaciones que se exigen al adjudicatario es indudable que el criterio impugnado “Factores medioambientales en la limpieza de las instalaciones” está relacionado con el objeto del contrato en cuanto que valora propuestas medioambientales sobre prescripciones técnicas establecidas en el PPT (uso de jabones, papel higiénico, bolsas de basura trapos de limpieza y mopas y plan de gestión medioambiental) o conexas con las mismas (secadores), por lo que la alegación debe ser desestimada.

- 2) En el criterio de adjudicación “Existencia de convenios o planes de contratación”, se valoran para el supuesto de nuevas contrataciones de personal (i) los convenios que tenga suscritos la licitadora con centros especiales de empleo, con empresas de inserción con personas con discapacidad, con la Once, etc y (ii) que la empresa disponga de un plan de contrataciones aprobado antes de la publicación de los pliegos. La finalidad del criterio es la de valorar la contratación de mujeres o de personas discapacitadas para el supuesto de que se produzcan nuevas contrataciones. A juicio de este Órgano el criterio debe ser anulado por carecer de relación con el objeto del contrato habida cuenta de que, de su literalidad, se deduce que las acciones a valorar no son específicas y concretas para el contrato sino las generales de las que pueda disponer el licitador en el momento de la presentación de la oferta. En particular, que el licitador tenga suscritos convenios con unos determinados entes para la contratación de personas discapacitadas o riesgo de exclusión social no supone un compromiso contractual, por lo que no garantiza la consecución del objetivo perseguido por la finalidad del criterio. Por su parte, al “plan de contrataciones” se le pueden oponer por analogía que este Órgano ha opuesto



a la valoración de los planes de igualdad de género como criterio de adjudicación (ver, por todas, la Resolución 148/2022), en los que se argumenta que el artículo 145.2. 1º de la LCSP dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán comprender los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato, pero no los que sean parte de la organización general de la empresa (ver, por ejemplo, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO y el Considerando 66 de 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) .

5.4.2. Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria

[Resolución 186/2018](#)

Denuncia el recurrente que los criterios secundarios de adjudicación Presentación de planos y estudios y Programa de actualización e inventario de la documentación compatible con los sistemas informáticos del Ayuntamiento y los métodos de actualización del inventario de áreas, estructuras lineales y elementos puntuales (árboles y jardineras) son indefinidos y benefician a la actual adjudicataria del contrato, por ser la que dispone de una información cierta y actualizada de todos los espacios.

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 juicio de este OARC / KEAO, el primero de los subcriterios denunciados Presentación de planos y estudios no cumple con el requisito de no permitir al órgano de contratación el ejercicio de una facultad arbitraria para adjudicar el contrato, ya que de su redacción se desprenden dos posibilidades, bien que únicamente se valorase



la mera presentación de planos y estudios, con independencia de su contenido, lo cual es absurdo a todas luces, bien que el órgano de contratación valore el contenido de los planos y estudios aportados sin sujeción a ningún criterio previamente fijado. La definición del criterio omite el contenido que han de tener para merecer una consideración positiva como criterio de valoración de una oferta. Debe matizarse que es perfectamente posible valorar Presentación de planos y estudios pero siempre que se establezcan, aunque sea brevemente, qué aspectos de los mismos se va a valorar (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

[Resolución 196/2023](#)

- 1) De forma preliminar, debe recordarse que este OARC / KEAO ha establecido que 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 2002, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, y las Resoluciones 18, 99 y 133 de 2015 y 100 de 2016 del OARC / KEAO). En este sentido, el artículo 145 LCSP, en su apartado 5 letra b), establece que los criterios de adjudicación deben ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. En el presente supuesto, el criterio de adjudicación recurrido adolece de falta de transparencia, pues el potencial licitador no conoce los aspectos de la oferta a los que dará relevancia la entidad adjudicadora y, como consecuencia de ello, no permiten una comparación objetiva ya que las ofertas pueden no ser homogéneas.
- 2) Centrándonos en el pliego que se impugna, se observa que el criterio de la valoración técnica, que tiene una ponderación de 50 puntos, es ciertamente insuficiente por sí solo para limitar la facultad del órgano de contratación para adjudicar libremente el contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO), sin que el establecimiento de unos rangos de puntuación para



cada categoría valorativa (No suficiente, adecuada o excelente) con solo una mención de los aspectos a valorar consistente en “aportar elementos innovadores” en la horquilla de puntuación excelente, resulte suficiente para poder ser aceptado. Además, no puede exigirse al licitador, tal y como pretende el poder adjudicador en su alegación al recurso, que deduzca de la descripción realizada que existe una remisión implícita a las características exigidas en el Anexo I del PPT, de forma que se entienda que ambos documentos, conjuntamente, constituyen un fondo parcialmente reglado del criterio que limita el margen discrecional de apreciación a la hora de aplicarlo. No hace falta decir que es perfectamente posible valorar el contenido técnico de las ofertas, pero para ello debe establecerse, aunque sea brevemente, qué aspectos del mismo van a ser merecedores de una alta valoración, es decir, debe indicarse qué características de las ofertas se van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, por ejemplo, las Resoluciones 18/2015 y 45/2018 del OARC/KEAO).

5.4.3. Criterios sujetos a fórmulas

[Resolución 145/2018](#)

Sobre esta cuestión, este Órgano ha señalado (ver, por todas, la Resolución 34/2018) que, a diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que precisan que su motivación sirva para controlar la discrecionalidad en ellos inherente para evitar la arbitrariedad (artículos 35.1.i) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y 151 de la LCSP), los criterios aplicados mediante fórmulas se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. A este respecto, para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de uno de estos criterios es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente.

[Resolución 175/2019](#)

Respecto, a la ausencia de fórmula o criterio automático para la asignación de la puntuación de este criterio que reprocha la recurrente, este OARC/KEAO ha señalado



reiteradamente que el modo de determinar la puntuación en un criterio automático no necesariamente requiere de una fórmula sino que puede tener una descripción literaria, siempre que ello no implique una ambigüedad que obligue a elegir al órgano de contratación entre varios sentidos posibles, lo que introduciría un elemento subjetivo inaceptable en este tipo de criterios por desvirtuar su automatismo (ver por todas, la Resolución 64/2019). En el presente caso, se observa que nos encontramos ante un criterio automático cuya distribución de puntos se ha descrito mediante palabras con un funcionamiento binario (sí/no), de tal forma que si se presenta una memoria- informe con soluciones para cada uno de los subapartados, se obtendrán todos los puntos sin que los mismos puedan ser graduados por el órgano de contratación en función de la solución propuesta. Es decir, no existe margen de discrecionalidad para el poder adjudicador a la hora de la distribución de los puntos ni de su graduación, pues el automatismo le viene impuesto por la propia redacción del criterio, cumpliendo con la característica propia de los criterios automáticos. Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

[Resolución 73/2021](#)

Debe recordarse que, si bien en un primer momento el poder adjudicador goza de un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios de adjudicación, en la fase de selección de la oferta económicamente más ventajosa no puede separarse de los criterios especificados en las bases de la convocatoria, ya que ello garantiza el principio de igualdad de trato y la competencia en el procedimiento de adjudicación. En lo que se refiere específicamente a los criterios “evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas”, que son los descritos en el artículo 146.2 de la LCSP como “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”, este Órgano ha manifestado (ver, por todas, su Resolución 145/2020) que su rasgo principal es el de la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen, como en este caso, en unos pliegos firmes por consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio



sujeto a fórmula. En este sentido, la sola clasificación de los criterios como automáticos tiene consecuencias procedimentales, como un orden concreto que debe seguirse para la apertura de las correspondientes ofertas y, lo que es más relevante para el caso analizado, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con el correlativo efecto de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.

Trasladado todo lo anterior al supuesto que nos ocupa, este OARC / KEAO considera que lo siguiente:

- 1) No se puede excluir la oferta de un licitador, efectuada conforme a las reglas establecidas en las bases de la licitación, mediante la alteración de los elementos de la fórmula de aplicación de un criterio. Una vez determinado que la citada fórmula no prohíbe las ofertas de importe “0”, no cabe introducir en ella posteriormente dicha prohibición, y solo corresponde aplicarla en los términos en los que está configurada. Esta consideración es especialmente oportuna en este supuesto porque no solo se ha alterado la fórmula introduciendo en ella una figura tan radicalmente sujeta al análisis de conceptos jurídicos indeterminados como es el fraude de ley, sino que la modificación ha conllevado nada menos que la exclusión de un licitador que se ha ajustado a las bases de la licitación. En este sentido, este Órgano ha señalado reiteradamente que la exclusión de una proposición debe basarse en motivos previstos en la legislación aplicable o en cláusulas de los pliegos claras y entendibles por cualquier operador económico diligente, lo que, como ya se ha dicho, en ningún caso sucede en este supuesto (ver, por todas, la Resolución 44/2021 del OARC / KEAO).
- 2) Alega el poder adjudicador que la oferta de más de un precio unitario a 0 euros distorsiona el resultado de la aplicación de las fórmulas y, para efectuar esta afirmación se basa en dos simulaciones: la primera, la que debían incluir los licitadores en su oferta en la que el importe total de la oferta de la recurrente supera a la de la adjudicataria impugnada, y la segunda, la aportada por el



poder adjudicador y consistente en recalcular las puntuaciones de las fórmulas que valoran los precios unitarios bajo la hipótesis de que el resto de licitadoras ofertan dichos precios a 0 euros. Pues bien, ninguna de ambas simulaciones (la presentada por los licitadores en su oferta o la efectuada por el poder adjudicador) demuestra que las fórmulas sean inaplicables o que conduzcan a resultados improbables. En concreto, la simulación aportada por los licitadores junto con su oferta a los precios unitarios no era valorable, siendo ésta una decisión del poder adjudicador coherente con la estructura de la obligación en la que el precio del contrato será el que resulte de multiplicar a las unidades efectivamente ejecutadas el precio unitario ofertado; de haber considerado el poder adjudicador que el precio global resultante de la simulación era el relevante para deducir la ventaja económica de la oferta, lo hubiera establecido en los pliegos. Por su parte, la simulación efectuada por el informe del poder adjudicador de contestación al recurso no puede ser aceptada porque se basa en una hipótesis del todo errónea que parte de la valoración de unos precios no ofertados por los licitadores.

- 3) Asimismo, alega el poder adjudicador que las fórmulas no permiten una ordenación proporcional de las ofertas, pero este efecto, de producirse, es resultado de unas fórmulas establecidas en unos pliegos que el poder adjudicador afirma que están correctamente definidos, por lo que el resultado de aplicarlas a una oferta efectuada conforme a lo establecido en dichas bases no puede ser el de la exclusión. En cualquier caso, en el expediente de contratación consta la ordenación de los licitadores conforme al resultado de la valoración de los criterios de adjudicación automáticos (Resultando quinto del Acuerdo de adjudicación del contrato). Consecuentemente, esta alegación debe ser desestimada.

[Resolución 102/2022](#)

Como el propio poder adjudicador reconoce, esta explicación satisface “formalmente” el requerimiento de los pliegos. A juicio de este Órgano, dicho cumplimiento “formal” es precisamente el único que cabe exigir en un criterio sujeto a evaluación mediante



fórmula; cualquier apreciación sobre el ajuste de la proposición a un cierto contenido material cuyo alcance o delimitación no consta en la descripción del criterio ni se incluye en la correspondiente fórmula es inaceptable porque contradice el automatismo del criterio.

[Resolución 116/2022](#)

Partiendo de lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, se observa que el criterio de adjudicación cuya aplicación se debate premia la incorporación en el Plan de viabilidad de las magnitudes que se señalan (1 punto por cada magnitud, con un máximo de 5 puntos); no obstante, se matiza que no será suficiente la enumeración de dichas magnitudes, sino que, además, deberán estar “debidamente justificadas y razonadas”. Es claro que no hay una respuesta unívoca y predeterminada a la pregunta de en qué consiste dicha justificación y razonamiento, y que se trata de un concepto cuya adaptación al caso concreto requeriría de una apreciación subjetiva. Sin embargo, la defectuosa configuración como criterio sujeto a fórmula del “Plan de viabilidad” no obsta, sin embargo, a su carácter de cláusula firme y a la consecuente obligación de que su aplicación respete su automatismo, como ya se ha dicho en el apartado 2) anterior. Por otro lado, el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) impide a este Órgano emitir pronunciamiento alguno sobre su validez, que además tampoco ha sido impugnada por el recurrente mediante el llamado “recurso indirecto” (ver, por ejemplo, la Resolución 96/2021 del OARC / KEAO).

Llegados a este punto, y dentro de los límites señalados en el apartado 3) anterior, este OARC / KEAO entiende que solo cabe entender que la puntuación atribuida a BPX en este apartado es correcta. Así, en el sobre C de la proposición se incluye el modelo de declaración responsable que solicita el apartado 18 del Anexo I del PCAP, debidamente cumplimentado e indicando las cinco magnitudes evaluables. Además, se incluye un Plan de viabilidad, como pide también el apartado 18; en él figura un epígrafe 4 titulado “Criterios valorables en cifras y porcentajes” con cinco subepígrafes, cada uno de ellos dedicado a uno de las citadas cinco magnitudes y conteniendo una explicación de lo ofertado. Este contenido satisface formalmente el requerimiento documental establecido en el modelo de oferta (Anexo II del PCAP) y



el apartado 18 del Anexo I del PCAP y, desde ese mismo punto de vista exclusivamente formal, razona y justifica “debidamente” las magnitudes valoradas. Por la propia naturaleza del criterio de adjudicación, configurado con carácter firme como automático, no cabe que el poder adjudicador, y mucho menos este OARC / KEAO o el recurrente, incidan en el alcance material de dicha justificación o razonamiento emitiendo juicios discrecionales al respecto, por muy atinados que pudieran ser.

[Resolución 201/2023](#)

- 1) En el presente supuesto, la introducción de un precio “0” en la fórmula lleva a un resultado indeterminado (0/0) desde el punto de vista matemático más estricto, es decir, operando con números abstractos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las citadas fórmulas no operan en términos puramente abstractos, sino con números que representan puntuaciones que, a su vez, miden la ventaja económica que aporta cada proposición; dicho de otro modo, son criterios de adjudicación. A juicio de este Órgano, es ésta la perspectiva desde la que debe analizarse la cuestión (ver, por ejemplo, la Resolución 149/2021 del OARC/KEAO)).
- 2) Partiendo del hecho de que (i) la fórmula cuya aplicación se debate no fue impugnada en su momento, (ii) que el precio propuesto (0 euros) está posibilitado por los pliegos y aporta al poder adjudicador la mayor ventaja que puede identificar un criterio de adjudicación que mide el precio, que es la realización sin contraprestación monetaria de la prestación y que (iii) no es aceptable que el resultado de la evaluación de una oferta sea un número de puntos “indeterminado”, debe considerarse que el proceder del poder adjudicador ha sido correcto, pues ha otorgado la máxima puntuación a la oferta más barata que es lo que la fórmula persigue.

[Resolución 096/2024](#)



En el supuesto que nos ocupa, el subcriterio “Plan de gestión medioambiental” requiere para su valoración que (i) las medidas ofertadas redunden en beneficio del medioambiente y (ii) sean positivas para el desarrollo del plan (sic), todo lo cual supone establecer unos requisitos, necesarios para la aplicación del criterio, que requieren de una labor de análisis de valoración subjetiva de la propuesta efectuada por el licitador, lo que excluye el automatismo por el que se deben regir los criterios de adjudicación 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, razón por la que procede la estimación del recurso en este punto.

5.4.4. El precio como criterio de adjudicación

[Resolución 152/2018](#)

Las características esenciales de la fórmula son las siguientes:

.- la oferta con el mayor porcentaje de baja obtiene la máxima de las puntuaciones

.- la oferta con el menor porcentaje de baja obtiene la puntuación menor.

.- las ofertas con los porcentajes de baja intermedios obtienen una puntuación dispar, pues las diferencias de puntuación obtenidas por las ofertas que presentan los mayores porcentajes de baja son significativamente menores que las que consiguen las ofertas que efectúan los porcentajes de baja inferiores; dicho de otro modo, cada unidad de baja de licitación tiende a tener una menor correspondencia en puntos a medida que aumenta el importe global de dicha baja de licitación.

Manifiesta el órgano de contratación en el PCAP (en cumplimiento del deber de justificación establecido para todos los criterios de adjudicación en el artículo 116.4 c) de la LCSP y en el artículo 146.2 de la misma norma específicamente para las fórmulas de aplicación de los criterios de apreciación automática), y lo confirma en el informe de oposición al recurso, que la intención de la fórmula impugnada es evitar ofertas con valores anormales o desproporcionados que incidan negativamente en la



calidad del objeto del contrato. Es decir, se afirma que se ha diseñado un sistema de valoración del precio que pretende desincentivar los mayores esfuerzos que puedan realizar los licitadores en sus ofertas económicas, pues dicho esfuerzo no se va a ver adecuadamente recompensado. Esto es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa pues, por un lado, conduce a no valorar adecuadamente las ofertas que mayores ventajas económicas proponen, y por otro, tiene un efecto disuasorio sobre las empresas inicialmente más dispuestas a ofrecer bajas de licitación importantes.

La modulación introducida en la fórmula puede calificarse como arbitraria, pues la finalidad que pretende conseguir el órgano de contratación, la de prevenirse contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, sólo puede lograrse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 149.4 de la LCSP), que incluye la audiencia al licitador sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida y que tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara la temeridad, la eliminación de la oferta, lo que no se consigue con el medio elegido por el órgano de contratación. La arbitrariedad es especialmente clara a la vista de que el propio poder adjudicador ha establecido en la cláusula 22.2.2 del PCAP parámetros objetivos para detectar cuándo la oferta puede ser considerada desproporcionada.

Por todo ello, el motivo de recurso debe aceptarse, lo que conlleva la anulación del criterio impugnado. No obstante, no se comparte la alegación del recurrente de que la fórmula es opaca y poco transparente; del propio escrito de recurso, que contiene varias simulaciones relativamente complejas acompañadas de los correspondientes gráficos, se deduce claramente que el recurrente la ha interpretado correctamente y comprendido el alcance de la misma, sin que se observen dificultades especiales de aplicación de la citada fórmula.

Tampoco se comparte la alegación de que procede establecer una fórmula con una ponderación proporcional lineal, pues el órgano de contratación goza de discrecionalidad para fijar los criterios de adjudicación (art. 116.4.c) de la LCSP), y si el legislador hubiera querido que ésta fuera la única forma de valorar los precios



ofertados hubiese incluido la obligatoriedad de su utilización en la norma, cosa que no ha hecho.

[Resolución 108/2019](#)

Las características esenciales de la fórmula son las siguientes:

- debe realizarse una baja del 100% del precio de licitación (es decir, formular una oferta a precio “0”) para obtener la totalidad de los puntos del criterio de valoración.
- la oferta al tipo de licitación obtiene cero puntos.
- la fórmula reparte los puntos en proporción lineal entre el presupuesto base de licitación y cero euros.
- la puntuación se determina en relación con el presupuesto base, por lo que cada licitador conoce la puntuación que conseguirá su oferta sin incertidumbre alguna sobre cuál será la actuación de sus competidores.

En la fórmula impugnada la puntuación se determina en relación con el presupuesto base de licitación, 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 una determinada puntuación. De esta manera 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); efectividad que no se cumple en esta fórmula, pues la comparación se efectúa siempre respecto al presupuesto base fijado por el poder adjudicador. Además, la supresión de la incertidumbre es contraria al principio de libre competencia y 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 (Resolución OARC 84/2017). Por otro lado, el hecho de que para obtener la máxima puntuación haya de realizarse una baja del 100% del precio de licitación desvirtúa, de hecho, la ponderación asignada al criterio y abunda en el carácter anticompetitivo y desincentivador de la fórmula elegida.

La finalidad que pretende conseguir el órgano de contratación con la fórmula, prevenirse contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, puede calificarse como arbitraria, pues la calificación de temeraria o anormal de una



oferta sólo puede lograrse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 149.4 de la LCSP), que incluye la audiencia al licitador sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida y que tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara la temeridad, la eliminación de la oferta, lo que no se consigue con el medio elegido por el órgano de contratación. La arbitrariedad es especialmente clara a la vista de que el propio poder adjudicador ha establecido en la cláusula 22.2.2 del PCAP parámetros objetivos para detectar cuándo la oferta puede ser inicialmente considerada como anormal. Por otro lado, la actuación procedente frente a una oferta anormal, previo el adecuado procedimiento, debe ser la exclusión de la oferta; en este caso, no solo no se daría esta conclusión, sino que la proposición sospechosa recibiría la máxima puntuación, lo que es incoherente. Por todo ello, el motivo de recurso debe aceptarse, lo que conlleva la anulación del criterio impugnado.

[Resolución 006/2023](#)

- 1) Este Órgano ha manifestado en ocasiones precedentes (ver la Resolución 96/2020) que, como es bien sabido, la LCSP no contiene una regulación específica de cuáles son los requisitos que deben cumplir las fórmulas de valoración del precio para que su empleo como criterio de adjudicación sea legalmente admisible. A falta de esta regulación, los tribunales y órganos de recursos contractuales han venido considerando que, en síntesis, es aceptable cualquier fórmula que sea coherente con los principios generales de la LCSP, en especial, con el de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 de la LCSP), de modo que la fórmula (i) conceda la puntuación máxima a la oferta más baja, (ii) no atribuya puntuación a la oferta que no mejora el tipo de licitación y (iii) valore el resto de las ofertas guardando una cierta proporcionalidad entre ellas, de forma que las ofertas más baratas obtengan más puntuación que otras más caras.
- 2) Analizada, la fórmula impugnada se observa que cumple con los tres requisitos mencionados. En particular, (i) quien hace la mayor baja se lleva todos los puntos y, por el contrario, quien va al tipo de licitación obtiene 0 puntos, (ii) la



distribución de los puntos de las ofertas intermedias guarda cierta proporcionalidad, sin que la fórmula plantee relaciones a las medias de las ofertas presentadas y (iii) se reparte la totalidad de la franja de puntuación asignada en los pliegos a este criterio de adjudicación.

- 3) Este OARC / KEAO ha manifestado en ocasiones precedentes (ver Resolución 152/2018) que caben otros sistemas proporcionales, y que no debe ser forzosamente la proporcionalidad lineal la única admisible, pues si el legislador hubiera querido que ésta fuera la única forma de valorar el precio ofertado hubiese incluido la obligatoriedad de su utilización.

[Resolución 145/2024](#)

SEPROGAL afirma que el uso del precio como único criterio de adjudicación es contrario a las letras c) y g) del artículo 145.3 LCSP y no está justificado en el expediente; además, la fórmula de valoración del precio, que valora separadamente cada uno de los tres precios del contrato, puede dar lugar a ofertas de precios 0 o cercanos a 0, imputando costes de cada prestación a otra distinta. Este motivo de recurso debe aceptarse parcialmente por las siguientes razones:

- 1) Debe descartarse que, como establece el artículo 145.3 c) LCSP, se dé en este caso la circunstancia de que el poder adjudicador facilite al contratista materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de este último. En este sentido, no puede entenderse que los efectivos de la Ertzaintza que realizarán las operaciones de rescate sean un “medio auxiliar” puesto a disposición del contratista porque el objeto del contrato es la puesta a disposición de un helicóptero con tripulación y el personal del poder adjudicador no coadyuva en dicho objeto. Por el contrario, es el contratista el que posibilita que el personal de la Ertzaintza cumpla las funciones que tiene asignadas. Además, el recurso tampoco cita ninguna “garantía especial” que los pliegos exijan, pues no pueden considerarse como tal los requisitos que debe satisfacer el personal adscrito al contrato, contenido propio de cualquier contrato de servicios.



- 2) El artículo 145.3 g) de la LCSP exige la aplicación de más de un criterio de adjudicación en los contratos de servicios, “salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.” La intención de la norma es que esas posibles variaciones del plazo de entrega o modificaciones en el contrato (en realidad, propuestas que mejoren, desarrollen o concreten las prescripciones técnicas) puedan proponerse por los licitadores en sus ofertas y ser adecuadamente valoradas con base en criterios de adjudicación cualitativos previamente establecidos. Consecuentemente, solo en el caso de que no quepa tal posibilidad porque las prescripciones técnicas están tan exhaustivamente definidas que no quepa su alteración, matización o compleción para incrementar la calidad de la prestación cabrá la adjudicación con base exclusiva en el precio.
- 3) Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado 2) anterior, la alegación debe aceptarse. Como bien señala el recurrente, el PPT señala varios casos en los que se deja un margen al licitador para que su oferta opte por complementar o mejorar las prescripciones técnicas (ver, por ejemplo, la referencia a la grúa exterior o al sistema de flotadores en el apartado 1 del PPT). En algunos casos, el PPT contiene incluso prescripciones que deberán ser complementadas por el adjudicatario una vez formalizado el contrato, como sucede con los planes de mantenimiento y formación (ver los apartados 4.1 y 6.3 del PPT). Estos contenidos del PPT podrían dar lugar a criterios de adjudicación cualitativos, por lo que este Órgano considera que el establecimiento del precio como único criterio de adjudicación infringe lo dispuesto en el artículo 145.3 g) LCSP.

5.4.5. Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva

[Resolución 162/2018](#)

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor elegidos, especialmente puestos en tela de juicio en el recurso, la apreciación de este Órgano



debe partir de la doctrina deducida 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 (actual 146.2 de la LCSP) 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 en los contratos como el que nos ocupa (contrato de suministro). 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, la única justificación de los criterios de adjudicación empleados es la escueta frase (...) diversos elementos que se consideran relevantes para la decisión de adjudicación en función de su cumplimiento por parte de los adjudicatarios contenida en el informe de inicio del expediente. Esta mención es claramente genérica e insuficiente para cumplir el requisito de justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación que pide el artículo 116.4 c) de la LCSP, especialmente cuando se ha tomado una opción que, si bien es jurídicamente posible, es contraria a la preferencia legal del artículo 146.2 de la LCSP. 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 los elementos relevantes pueden insertarse 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 de la doctrina fijada por el TSJPV en la citada sentencia, el motivo de impugnación debe aceptarse, con la consecuente anulación de los criterios de adjudicación afectados por la falta de justificación.



5.4.6. Criterios de adjudicación en los servicios del Anexo IV y prestaciones de carácter intelectual

[Resolución 104/2018](#)

El contrato recurrido tiene por objeto la seguridad y vigilancia de los puertos de Ondarroa, Lekeitio, Mundaka y Bermeo en Bizkaia, y posee el código CPV 79710000-4 incluido dentro de los servicios especiales del Anexo IV de la LCSP. De este precepto se desprende con meridiana claridad que en el contrato objeto de recurso los criterios relacionados con la calidad deben representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de ofertas, circunstancia que no se produce al otorgar la cláusula 22 del PCAP una ponderación de 70 puntos al criterio de la oferta económica. Por tanto, debe estimarse la pretensión de la parte recurrente.

[Resolución 123/2018](#)

El análisis de la viabilidad de la pretensión debe basarse en el alcance de la expresión “criterios relacionados con la calidad”, que el artículo 145.4 de la LCSP solo menciona pero no delimita. Consecuentemente, este Órgano debe realizar una tarea interpretativa para determinar dicho alcance, tal y como se hace en los siguientes apartados:

- 1) En primer lugar, es relevante recordar que, como demuestra su ubicación sistemática, el límite del 51 por ciento al que se refiere el segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP no es sino una consecuencia específica, para ciertos tipos de servicios entre los que se encuentran los de contenido intelectual, del mandato general de establecer criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad, el cual además menciona expresamente los servicios de arquitectura (ver el primer párrafo del artículo 145.4 de la LCSP).
- 2) Al citado mandato general se refiere el apartado II de la Exposición de Motivos de la LCSP, que señala que la norma establece (...) la obligación de los órganos de



contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

- 3) De los números 1) y 2) anteriores se desprende que los criterios relacionados con la calidad que, conjuntamente, deben sumar el 51 por ciento de la ponderación global para satisfacer el requerimiento del artículo 145.4 de la LCSP son los referidos a aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores (la vinculación al objeto del contrato es un requerimiento general para cualquier criterio de adjudicación, según el artículo 145.5 a) de la LCSP).
- 4) La expresión aspectos cualitativos referida a los criterios de adjudicación reconduce a los criterios recogidos en el artículo 145.2 de la LCSP (“criterios cualitativos”), en el que, por cierto, también se incluyen separadamente los criterios sociales y medioambientales, que la Exposición de Motivos menciona separadamente de los criterios cualitativos.
- 5) Adicionalmente, debe señalarse que tanto la LCSP como la Directiva 2014/24/UE utilizan ahora la expresión mejor relación calidad – precio para referirse a la selección de la oferta que se produce combinando la evaluación del precio o coste con la de cualquier otro criterio no relacionado con dicho precio o coste (ver, por ejemplo, el artículo 67.2 de la Directiva y el artículo 145.1 de la LCSP).
- 6) Es cierto que en el lenguaje común, la palabra calidad tiene un sentido más restringido que el que se ha expuesto en los números anteriores; así, el diccionario de la RAE la define como propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor. El uso de esta definición llevaría a entender que no tienen relación con la calidad los criterios que identifiquen aspectos de la prestación no integrados en su objeto (aunque sí vinculados con él en el sentido de los artículos 145.5 a) y 145.6 de la LCSP; ver también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, ECLI:EU:C:2012:284, asunto C-368/10, apartados 84 y siguientes, que inspiró este nuevo concepto de la vinculación al objeto). Sin embargo, parece claro que el legislador no ha querido referirse a esa acepción, como demuestra el hecho de



que la Exposición de Motivos vincula la calidad también a los criterios sociales, que el artículo 145.2 de la LCSP inserta dentro de los criterios cualitativos, cuando esos criterios pueden ser claramente ajenos a la materialidad de la prestación o no inherentes a ella. Piénsese, por ejemplo, en que nada añade ni resta a la calidad intrínseca de un proyecto arquitectónico el hecho de que lo haya elaborado una persona desfavorecida; sin embargo, este aspecto es evaluable como criterio social según el artículo 145.2.1º y el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE.

- 7) Consecuentemente, el plazo de entrega del proyecto de ejecución es un criterio cualitativo, expresamente recogido en el artículo 145.2.3º de la LCSP (la misma consideración le atribuye el artículo 67.2 c) de la Directiva 2014/24/UE) que debe computarse entre los “relacionados con la calidad”.

[Resolución 113/2022](#)

El segundo inciso del apartado 4 del citado artículo establece textualmente: En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.

El contrato recurrido tiene por objeto la prestación de servicios deportivos en las instalaciones municipales y se incluye en el código CPV 92600000-7, comprendido en los servicios especiales del Anexo IV de la LCSP. Del precepto transcrito se desprende con absoluta claridad que en el contrato objeto de recurso los criterios relacionados con la calidad deben representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de ofertas, circunstancia que no se produce al otorgar la cláusula 18 del PCAP una ponderación de 90 puntos al criterio de la oferta económica. Por tanto, debe estimarse la pretensión de la parte recurrente, sin que quepa aceptar el argumento esgrimido en el informe de contestación al recurso del poder adjudicador de que se ha optado por la excepción a dicho apartado con base en lo establecido en el apartado 3 letra g) del mismo artículo, en el sentido de que el PPT ya contempla con todo detalle todos los elementos de las prestaciones que afectan a la calidad del contrato, ya que no es aplicable al caso. Este último precepto no contempla una excepción al mandato contenido en el inciso segundo del



artículo 145.4 de la LCSP, sino que se refiere a uno de los supuestos en los que procede la adjudicación del contrato con base en varios criterios, la cual no es objeto de debate.

[Resolución 134/2024](#)

El motivo de la impugnación es la infracción del segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP, pues, tratándose de un contrato cuyo CPV se encuentra dentro de los servicios del Anexo IV de la misma Ley, los pliegos prevén un único criterio de adjudicación (precio) y dicho párrafo establece que en los contratos del Anexo IV los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

A juicio de este Órgano la pretensión ha de ser estimada por las siguientes razones:

- 1) En primer lugar, es relevante recordar que, como demuestra su ubicación sistemática, el límite del 51 por ciento al que se refiere el segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP no es sino una especificación, para ciertos tipos de servicios entre los que se encuentran, en primer lugar, los del Anexo IV, además los de contenido intelectual, del mandato general de establecer criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad.
- 2) Al citado mandato general se refiere el apartado II de la Exposición de Motivos de la LCSP, que señala que la norma establece (...) la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.
- 3) Se observa que el servicio objeto del contrato y el código CPV 64110000 (Servicios postales), establecidos en el anuncio de licitación y en el apartado 4 de la Carátula del PCAP a los efectos de identificar las prestaciones que lo definen, están comprendidos en el Anexo IV de la LCSP. Llegados a este punto, resulta claro que se aplica a la mencionada contratación lo dispuesto en el artículo 145.4 de la LCSP cuando señala En los contratos de servicios del Anexo IV,



así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.

- 4) Este Órgano no comparte, al igual que otros Tribunales administrativos (entre otros, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 260/2022 y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución 348/2023), la alegación del Ayuntamiento basada en la doctrina de la Resolución 132/2021 del TACRC, pues ha de presumirse, de conformidad con las reglas de interpretación, que el texto legal tiene sentido, sin acudir a interpretaciones que lleven a su inaplicación. A juicio de este Órgano, pretender condicionar el contenido del apartado 4 del artículo 145 al apartado 3 precedente priva de todo contenido normativo al primero, pues resulta contradictorio que para un mismo tipo de servicio se pretenda primar la calidad y, al mismo tiempo, se permita eludir este mandato mediante la perfecta definición de las prestaciones técnicas del contrato a través del pliego. Por otro lado, y sin entrar en la consideración del si el servicio es o no intensivo en mano de obra (lo que excluiría que el precio fuese el único criterio), el apartado 3 del artículo 145 no menciona expresamente al Anexo IV, mientras que el apartado 4º sí que lo hace, por lo que predicar su inaplicación resulta ciertamente artificioso.
- 5) Finalmente, cabe añadir que no puede aceptarse el argumento del poder adjudicador de que no se aprecian criterios adecuados que puedan incidir en la calidad del servicio o resulten determinantes para el nivel del rendimiento del mismo; por el contrario, salvo en el caso del artículo 145.3 g) LCSP, la calidad es un elemento siempre predicable en cualquier servicio que vaya a prestarse y siempre pueden establecerse parámetros para poder evaluarla. El legislador ha pretendido inequívocamente que la calidad prime sobre los aspectos económicos de la oferta en este tipo de contratos del Anexo IV de la LCSP, sin que quepa acudir a consideraciones interpretativas para excepcionar la aplicación del precepto legal aquí infringido.



5.4.7. No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración

[Resolución 175/2018](#)

BAXTER critica que el criterio de adjudicación “Valor técnico” no es claro porque no explica qué se entiende por “suficiente”, “adecuada” o “preferente”. A juicio de este OARC / KEAO, el recurso confunde el requisito de que los criterios de adjudicación no confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada (artículo 145.5 b) de la LCSP), es decir, de que contenga un fondo parcialmente reglado que limite la discrecionalidad del poder adjudicador para seleccionar la oferta más ventajosa y la exigencia de que el PCAP contenga necesariamente la regla de valoración del criterio sometido a juicio de valor. Por lo que se refiere a la primera cuestión, ya se ha señalado en el punto 1 anterior que el criterio “Valor técnico” no está correctamente delimitado desde el punto de vista sistemático y no es transparente. En cambio, la jurisprudencia europea ya ha establecido que no es exigible, de acuerdo con el Derecho de la Unión sobre contratación pública (ni tampoco según la LCSP, que lo incorpora a nuestro Ordenamiento) que los pliegos incluyan “el método de valoración aplicado por el poder adjudicador para evaluar y clasificar concretamente las ofertas” (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, así como las Resoluciones 107/2017 y 58/2018 del OARC / KEAO). Los términos que BAXTER considera poco claros no son, en realidad, un fondo parcialmente reglado del criterio, sino una regla de valoración de las proposiciones. Por ello, no habiendo obligación de establecer ninguna mención a las citadas reglas, no cabe aceptar la alegación de que la mencionada es insuficiente. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe rechazarse.

[Resolución 186/2018](#)

En lo que respecta a la omisión del método de valoración de este criterio de adjudicación, el análisis debe partir de que se trata de un criterio cuya valoración se efectuará mediante juicios de valor. A este respecto, 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 lo que no es exigible que la configuración del criterio deba incluir dicho método, cuestión que puede quedar dentro del margen de apreciación del órgano evaluador (ver, por ejemplo, la Resolución 36/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartados 26 y siguientes).

[Resolución 7/2019](#)

En contra de lo que aduce el recurrente, no es necesario que el criterio de adjudicación especifique el método de valoración que va a seguir el evaluador (ver, en este sentido, la Resolución 107/2017 del OARC/KEAO), pues este extremo no es exigido ni por la LCSP ni por la jurisprudencia del TJUE la cual considera que los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas. Esa libertad se justifica también por consideraciones de orden práctico; el poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso (en este sentido, la STJUE de 14 de julio de 2016, Asunto C-6/15, “TNS Dimarso”, ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30).

5.4.8. Su función es comparar entre ofertas

[Resolución 131/2019](#)

Téngase en cuenta que una de las funciones de los criterios de adjudicación es la de 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 20/2018 del OARC / KEAO y los Considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24/UE).

5.4.9. Criterios de adjudicación restrictivos de la competencia

[Resolución 95/2019](#)

En síntesis, UNO considera que estos criterios no están justificados, son desproporcionados y favorecen a Correos, a quien el Estado cedió su red postal. Debe señalarse que ambos criterios solo puntúan los medios técnicos que excedan del mínimo marcado en el PPT, y que estos ya son de por sí muy numerosos; en concreto, suponen exigir un mínimo de 151 oficinas y 346 vehículos distribuidos en Vitoria – Gasteiz, el Territorio Histórico de Álava y las demás capitales de provincia y municipios de más de 50.000 habitantes. Partiendo de esa base, hay que señalar que en el expediente no consta la justificación de los criterios que exige el artículo 116.4 c) de la LCSP, por lo que se ignora cuál es la concreta ventaja que se pretende identificar con ellos, ni se acredita la proporcionalidad entre la supuesta ventaja obtenida y el evidente efecto restrictivo de la competencia que, a la vista de la situación real del mercado de los servicios postales que el poder adjudicador no puede desconocer, producen su aplicación y su mera consignación en los pliegos, especialmente teniendo en cuenta que ambos forman parte de un grupo de criterios en los que hay que superar un umbral mínimo de puntuación para continuar en el procedimiento. Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse.

[Resolución 22/2021](#)

Por último, es cierto que la cláusula es limitativa de la competencia en el único sentido de que impide el acceso del adjudicatario que haya obtenido algún punto en este apartado a ciertos negocios. Sin embargo, esta limitación está acotada en el tiempo y en su ámbito, que comprende solo el municipio de Leioa y para encargos del sector privado y solo al adjudicatario, que la asume voluntariamente por su propio interés y quien obtiene para su cartera de pedidos el contrato impugnado.



Consecuentemente, de existir alguna restricción de la competencia, en absoluto puede considerarse desproporcionada.

[Resolución 175/2021](#)

El COAVN considera que el criterio de adjudicación relativo a la experiencia incluye un elemento de territorialidad contrario a los principios de la contratación pública. A juicio de este Órgano, el motivo impugnatorio debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) Como bien indica el poder adjudicador, la cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato es un factor que puede ser valorado como criterio de adjudicación en contratos como el presente, en el que dichas características tienen una incidencia significativa en la calidad de la prestación, como pide el artículo 145.2.2º de la LCSP (ver, por ejemplo, las Resoluciones 55/2015, 17/2016 y 189/2019 del OARC / KEAO). Tampoco existe duda alguna de que el criterio impugnado está directamente vinculado al objeto del contrato en el sentido del artículo 145.6 de la LCSP.
- 2) No obstante lo anterior, el criterio de adjudicación debe respetar, entre otros, los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (artículo 145.5 b) de la LCSP). De acuerdo con la doctrina del TJUE (STJUE de 27/10/2005, C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 36), el principio de igualdad, del que el artículo 49 CE constituye una expresión concreta, prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado. El criterio impugnado favorece a quienes han formulado o revisado planeamientos generales en el País Vasco, de lo que se desprende que puede llegar a favorecer a los operadores económicos radicados en la Comunidad Autónoma de Euskadi por ser los que, en principio, más fácilmente pueden adquirir la experiencia a la que se refiere el criterio de adjudicación.
- 3) El OARC / KEAO, siguiendo la jurisprudencia del TJUE (ver, por ejemplo, el apartado 25 de la sentencia C-234/03, antes citada, y sus Resoluciones 84/2017 y 58/2015) ha señalado las condiciones que deben cumplir los requisitos y



estipulaciones que, como el criterio impugnado, 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 adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastadas estas condiciones con el criterio impugnado, se observa que éste se aplica de manera no discriminatoria, es decir, con independencia de características personales del licitador, como el domicilio social o la nacionalidad, de modo que cualquier operador puede, en principio, obtener puntos en este epígrafe. Asimismo, parece que el criterio obedece al interés de asegurar la calidad de la prestación, tal y como alega el poder adjudicador.

- 4) Sin embargo, el criterio no parece adecuado para garantizar el objetivo perseguido y, sobre todo, va más allá de lo preciso para alcanzarlo, en el sentido de que dicho objetivo puede conseguirse con medios menos lesivos para los principios de competencia y libre acceso (artículo 1 de la LCSP). Sobre esta cuestión, este Órgano ya ha señalado (ver su Resolución 27/2014):

(i) Que la diversidad normativa ligada al territorio sobre el que se actúa es una característica consustancial al derecho urbanístico, de modo que la exigencia de una experiencia específica ligada a cada norma concreta aplicable podría, por reducción al absurdo, llegar al ámbito municipal e imposibilitar, de hecho, la libre prestación de servicios en esta actividad, y

(ii) Que la mínima diligencia profesional exigible al adjudicatario en la ejecución del contrato comprenderá, entre otras actuaciones, que éste se informe adecuadamente del contexto jurídico de la prestación contractual y lo aplique en consecuencia, tarea para la que se le presupone cualificado.

- 5) Frente a estas consideraciones, no se aprecia (ni el poder adjudicador los señala) qué aspectos del contenido de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, la diferencian de otras normas urbanísticas con análogo objeto y convierten su conocimiento en un factor diferenciador en perjuicio de otros licitadores que pueden acreditar



experiencia en la elaboración de trabajos de planificación relacionados con el objeto del contrato, pero en ámbitos territoriales distintos de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

- 6) La estimación del motivo, en congruencia con la pretensión del recurrente, que considera que “se hace imprescindible eliminar toda referencia al arraigo territorial en los pliegos rectores de la contratación”, no conlleva la anulación del criterio en su conjunto, sino únicamente la de la referencia a la Ley 2/2006.

[Resolución 091/2024](#)

El COAVN considera que el criterio de adjudicación relativo a la experiencia del equipo de trabajo incluye un elemento de territorialidad contrario a los principios de la contratación pública. A juicio de este Órgano, el motivo impugnatorio debe estimarse por las siguientes razones que ya fueron expresadas en la Resolución 175/2021, que resolvía un recurso sustancialmente idéntico al que ahora nos ocupa:

- 7) Como bien indica el poder adjudicador, la cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato es un factor que puede ser valorado como criterio de adjudicación en contratos como el presente, en el que dichas características tienen una incidencia significativa en la calidad de la prestación, como pide el artículo 145.2. 2º LCSP (ver, por ejemplo, las Resoluciones 55/2015, 17/2016 y 189/2019 del OARC / KEAO). Tampoco existe duda alguna de que el criterio impugnado está directamente vinculado al objeto del contrato en el sentido del artículo 145.6 de la LCSP.
- 8) No obstante lo anterior, el criterio de adjudicación debe respetar, entre otros, los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (artículo 145.5 b) de la LCSP). De acuerdo con la doctrina del TJUE (STJUE de 27/10/2005, C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 36), el principio de igualdad, del que el artículo 49 CE constituye una expresión concreta, prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado. En consecuencia, y al



contrario de lo que el poder adjudicador indica en su escrito de contestación al recurso, debe concluirse que una cláusula de arraigo territorial no se limita exclusivamente a la ubicación de la sede de la empresa ni a la localización del equipo redactor, sino abarca también las condiciones relevantes de la contratación, como ocurre en el criterio de adjudicación impugnado en este caso, al valorar de manera exclusiva la experiencia del personal a ejecutar el contrato obtenida en servicios prestados en el ámbito de la Comunidad autónoma vasca. En este sentido, el criterio impugnado beneficia a quienes han formulado o revisado planeamientos generales en el País Vasco, de lo que se desprende que puede llegar a favorecer a los operadores económicos radicados en la Comunidad Autónoma de Euskadi por ser los que, en principio, más fácilmente pueden adquirir la experiencia a la que se refiere el criterio de adjudicación. Nos encontramos, en definitiva, ante un elemento relevante de la licitación que de forma indirecta conduce a obtener un resultado muy similar al que se obtendría si se valorase directamente el origen o el domicilio social de los licitadores.

- 9) El OARC / KEAO, siguiendo la jurisprudencia del TJUE (ver, por ejemplo, el apartado 25 de la sentencia C-234/03, antes citada, y sus Resoluciones 84/2017 y 58/2015) y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (artículo 5), ha señalado las condiciones que deben cumplir los requisitos y estipulaciones que, como el criterio impugnado, 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 adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastadas estas condiciones con el criterio impugnado, se observa que éste se aplica de manera no discriminatoria, es decir, con independencia de características personales del licitador, como el domicilio social o la nacionalidad, de modo que cualquier operador puede, en principio, obtener puntos en este epígrafe. Asimismo, parece que el criterio obedece al interés de asegurar la calidad de la prestación, tal y como alega el poder adjudicador.



10) Sin embargo, el criterio no parece adecuado para garantizar el objetivo perseguido y, sobre todo, va más allá de lo preciso para alcanzarlo, en el sentido de que dicho objetivo puede conseguirse con medios menos lesivos para los principios de competencia y libre acceso (artículo 1 de la LCSP). Sobre esta cuestión, este Órgano ya señaló en su Resolución 27/2014 y lo ratificó en la Resolución 175/2021 anteriormente citada:

(iii) Que la diversidad normativa ligada al territorio sobre el que se actúa es una característica consustancial al derecho urbanístico, de modo que la exigencia de una experiencia específica ligada a cada norma concreta aplicable podría, por reducción al absurdo, llegar al ámbito municipal e imposibilitar, de hecho, la libre prestación de servicios en esta actividad, y

(iv) Que la mínima diligencia profesional exigible al adjudicatario en la ejecución del contrato comprenderá, entre otras actuaciones, que éste se informe adecuadamente del contexto jurídico de la prestación contractual y lo aplique en consecuencia, tarea para la que se le presupone cualificado.

11) Frente a estas consideraciones, no se aprecia (ni el poder adjudicador los señala) qué aspectos del contenido de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, la diferencian de otras normas urbanísticas con análogo objeto y convierten su conocimiento en un factor diferenciador en perjuicio de otros licitadores que pueden acreditar experiencia en la elaboración de trabajos de planificación relacionados con el objeto del contrato, pero en ámbitos territoriales distintos de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En este sentido, este Órgano no comparte la alegación del poder adjudicador relativa a que el conocimiento previo de la normativa autonómica a la hora de la tramitación administrativa del PGOU puede ser determinante para su culminación con éxito, pues el control de legalidad de dicha tramitación corresponderá a las Administraciones públicas, local y foral, en su caso, y no al equipo redactor del Plan General, que no deja de ser una asistencia técnica del órgano



competente para la tramitación y aprobación de los instrumentos urbanísticos con todos los requisitos exigidos por la normativa.

- 12) La estimación del motivo no conlleva la anulación del criterio en su conjunto, sino únicamente la de la referencia a la Ley 2/2006.

[Resolución 127/2024](#)

(...) Se alega que el mencionado criterio es contrario al principio de igualdad y desproporcionado, pues se requiere que los licitadores tengan los vehículos matriculados en el momento de presentación de la oferta. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589, manifiesta que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea, deben reunir cuatro requisitos (apartado 25): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado se observa que este es, en principio, no discriminatorio, ya que se exige en términos abstractos, de forma igual para todos los licitadores y sin diferenciar por sus circunstancias personales (domicilio social, nacionalidad, etc.) o por el origen o procedencia geográfica de los bienes. Además, es relevante que el licitador debe disponer en su organización de uno o más vehículos para efectuar su actividad profesional. La normativa que regula la seguridad en la prestación de este servicio (LOTT y RD 443/2001) otorga especial importancia a la antigüedad de los vehículos que realizan el transporte escolar, hasta el punto de impedir que los de una determinada antigüedad lo efectúen, y el requisito (i) no impide a ningún operador económico la presentación de una oferta, pues todos ellos deben disponer para el ejercicio de su actividad de uno o más vehículos, y (ii) únicamente se configura como criterio de adjudicación, lo que posibilita la comparación de los vehículos permitiendo la selección de vehículos de menor antigüedad y mayor eficiencia energética. No obstante, la exigencia de que la valoración de los vehículos



pendientes de matriculación se efectúe sobre el contrato de compraventa se considera desproporcionada, pues se excluye la posibilidad de poder ofertar la disponibilidad de vehículos mediante otras formas de disposición expresamente admitidas por la normativa sectorial (artículo 54.2 de la LOTT), como son el arrendamiento financiero o arrendamiento ordinario.

(...)

5.4.10. Criterios de adjudicación con umbrales eliminatorios

[Resolución 200/2019](#)

En relación con las alegaciones efectuadas por la recurrente sobre la restricción indebida a la libre competencia que supone el establecer un umbral mínimo a superar en los criterios sujetos a un juicio de valor habida cuenta de que únicamente se han presentado dos ofertas al contrato en cuestión permaneciendo sólo una en el procedimiento, cabe señalar que el TJUE en la sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/2016 ECLI:EU:C:2018:752, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Órgano, en el apartado segundo de su parte dispositiva ha manifestado que 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. Argumenta el TJUE que la necesidad de garantizar una competencia real hasta la fase final del procedimiento no concierne a los procedimientos abiertos ya que las únicas ofertas que el poder adjudicador está autorizado a excluir de la evaluación basada en el precio son las ofertas que no cumplen los requisitos mínimos de la evaluación técnica y, por tanto, no satisfacen las necesidades del poder adjudicador y que esta manera de actuar no pretende limitar el número de ofertas sometidas a la evaluación basada en el precio,



ya que, en principio, todas las ofertas presentadas pueden cumplir esos requisitos mínimos (apartados 37 y 43).

[Resolución 61/2021](#)

Los pliegos configuran uno de los criterios de adjudicación (la “Valoración técnica”) con un umbral mínimo (al menos 10 puntos de 48 posibles), de tal modo que las ofertas que no lo alcancen quedan excluidas de la licitación. La utilización de este sistema se prevé en el artículo 146.3 de la LCSP, y su acomodo en la Directiva 2014/24/UE está confirmado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 20/9/2018, asunto C-546/16, ECLI:EU:C:2018:752. Este Órgano ha señalado que, cuando se opte por este sistema, debe extremarse la adecuación del uso de la discrecionalidad técnica en la aplicación de los criterios de adjudicación con efecto eliminatorio, porque sus irregularidades no pueden paliarse en la aplicación de los demás criterios, de tal modo que el licitador ilegalmente perjudicado en la evaluación de algunos criterios podría incluso llegar a ser el adjudicatario tras la valoración global de todos ellos (ver, por ejemplo, la Resolución 88/2018 del OARC / KEAO). Asimismo, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que el poder adjudicador excluya las proposiciones que no alcancen una puntuación mínima predeterminada en la evaluación técnica no excusa de fijar el objeto del contrato y las prescripciones técnicas en los términos legalmente exigidos (ver, por ejemplo, los artículos 99.1 y 126 y siguientes de la LCSP), de modo que el umbral eliminatorio en la aplicación de los criterios de adjudicación desempeñe, de hecho, la función atribuida a dichas prescripciones pero concediendo una mayor discrecionalidad al poder adjudicador para determinar si la oferta se ajusta a ellas. Además, los criterios de adjudicación eliminatorios deben cumplir los requisitos que generalmente son exigibles a cualquier criterio, en particular, el de no conferir al poder adjudicador una libertad de elección incondicional (ver el artículo 145.5 b) de la LCSP, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO y, especialmente, el apartado 31 de la sentencia en el asunto C-546/16, antes citada).



5.4.11. Valoración de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato

[Resolución 39/2019](#)

Téngase en cuenta que en el PCAP que rige el contrato, que se vuelve a recordar que no ha sido impugnado, por lo que las partes han de estar a lo consignado en el mismo, la experiencia se valora en dos fases distintas del procedimiento de adjudicación; en el momento de valorar si los licitadores disponen de la solvencia técnica y profesional exigida y como criterio de adjudicación estableciéndose en la cláusula M.2 del cuadro de características del PCAP que la experiencia a valorar será la prestada en la administración local en servicios directamente relacionada con las tareas a desempeñar. Estas dos funciones de la experiencia en dos fases diferentes del procedimiento de adjudicación, que obedecen a la verificación de dos finalidades diferentes, la de la acreditación de una capacidad profesional para la ejecución del contrato, por una parte, y de otra, la valoración de la oferta efectuada, son las que justifican que la oferta pueda ser aceptada si bien valorada con 0 puntos en el criterio de adjudicación de “experiencia”.

[Resolución 195/2019](#)

Se impugna el criterio de adjudicación que valora de forma automática la experiencia de personal adscrito a la ejecución del contrato por infringir lo dispuesto en el artículo 145.2, párrafo segundo, de la LCSP, que dispone que “Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: (...) 2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.

El citado artículo 145.2 de la LCSP no restringe la posibilidad de fijar este criterio a las prestaciones de carácter intelectual, pero sí que exige que la calidad del personal adscrito al contrato pueda afectar “de manera significativa” a su mejor ejecución. Este



artículo es la transposición del artículo 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE cuyo Considerando 94 (elemento interpretativo de la parte dispositiva) señala que se puede utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato “Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato (...)”, citando a modo de ejemplo los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura.

A este respecto, la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C601/13, ECLI:EU:C:2015:204 ha manifestado que la calidad de la ejecución de un contrato puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia y su formación, como sucede con las prestaciones de contenido predominantemente intelectual, y que esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, y por lo tanto ser utilizada, en estos casos, como criterio de adjudicación (ver, en este sentido las Resoluciones 55/2015 y 17/2016 del OARC / KEAO).

El objeto del contrato impugnado es la colaboración en las actividades socioculturales del Ayuntamiento de Tolosa y de la descripción de las prestaciones a ejecutar en ambos lotes se desprende que los adjudicatarios deben ejecutar, en términos generales, labores auxiliares de montaje y desmontaje, de mantenimiento de las instalaciones y del equipamiento técnico del que disponen las salas, vigilancia de las instalaciones y de quienes asisten a las mismas y servicios de taquilla y, conforme a lo dispuesto en la cláusula 3 del PPT, el personal a adscribir al Lote 1 consistirá en un/a técnico de iluminación y sonido, un/a taquillero/a, y dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico y en el Lote 2 dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico. Asimismo, resulta relevante resaltar que la documentación contractual no contiene especificación alguna sobre normas de calidad cuyo cumplimiento se exija al personal encargado de ejecutar el contrato.

Consecuentemente, a la vista de la naturaleza de los trabajos a realizar, perfectamente definidos en el PPT, que requieren del desempeño de una habilidades



y destrezas que se pueden adquirir en un plazo de tiempo no muy prolongado y en los que no se exige el cumplimiento de normas de calidad, debe convenirse que la experiencia de la que precisan los trabajadores para una correcta ejecución de los trabajos no constituye un elemento decisivo del valor de la oferta. Téngase en cuenta que la cláusula 3 del PPT prevé que, si las circunstancias así lo exigieran, la empresa adjudicataria pueda adscribir a la ejecución del contrato a más personas de las solicitadas, que pueden ser objeto de contratación puntual o bien de subcontratación, respecto de las que no se exige experiencia alguna. Además, dicha cláusula exige la designación de una persona responsable del contrato con las funciones de dirección, organización y supervisión del trabajo (cláusula 3 del PPT), quien puede ser sustituido en caso de ausencia sin que conste ninguna obligación de comunicación previa al órgano de contratación o de autorización previa de la persona que la sustituya. En este sentido, no resulta congruente con la finalidad del criterio de adjudicación debatido que se exija experiencia del personal inicialmente adscrito al contrato y, sin embargo, sea del todo indiferente la del personal a adscribir durante la ejecución del contrato y la de quien coordinará, supervisará y dirigirá los trabajos. Además, de la descripción de las tareas efectuada en el PPT se deduce que las habilidades y destrezas que pueda requerir el personal adscrito al servicio no son especialmente complejas y pueden ser facilitadas por la propia empresa adjudicataria a través de la transmisión de instrucciones por el responsable del contrato a quien el PPT impone funciones de dirección y supervisión del personal. Finalmente, se ha de tener en cuenta que las empresas licitadoras, a través de la exigencia de la experiencia como requisito de capacidad técnica, demuestran que pueden ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.

5.4.12. Criterios de adjudicación en contratos intensivos en mano de obra

[Resolución 38/2020](#)

De acuerdo con el artículo 1.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el objeto del contrato es la prestación de servicios de limpieza de varios edificios y locales municipales, incluyendo todas las superficies cubiertas de cada dependencia y los correspondientes muebles, equipamientos fijos, techos, persianas,



cristales, etc. Según las cláusulas segunda y undécima del PCAP, el único criterio de adjudicación es el precio. El artículo 145.3 g) de la LCSP establece que, en los contratos de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. A la vista de todo ello, el motivo de impugnación debe aceptarse, pues es clara la infracción del citado precepto; en este sentido, no cabe duda de que el sector de la limpieza es un ejemplo clásico de actividad intensiva en mano de obra, caracterizada porque los gastos de personal representan un altísimo porcentaje del coste total de la prestación (ver, por ejemplo, las resoluciones 702/2018 y 98/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

5.4.13. No cabe la valoración de la solvencia del licitador como criterio de adjudicación

[Resolución 76/2020](#)

Como es bien conocido, la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar el contrato que se ha de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes que se rigen por normas diferentes (STJUE asunto C-31/87, sentencia Beentjes, EU:C:1988:422, apartados 15 y 16). Así, los criterios de selección cualitativa están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato (STJUE asunto C-532/06, sentencia Lianakis, EU:C:2008:40, apartados 30 a 32), mientras que los criterios de adjudicación deben estar dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (apartado 19 sentencia Beentjes). Ello implica que se excluyan como «criterios de adjudicación» aquellos que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (apartado 30 sentencia Lianakis). Por esta razón, el artículo 145.2, párrafo segundo, de la LCSP, dispone que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato y posibilita el fijar como criterio de adjudicación La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución; criterio de adjudicación respecto del cual este OARC / KEAO ha manifestado



con anterioridad (ver, en este sentido, la Resolución 189/2019) que no se restringe a las prestaciones de carácter intelectual, pero sí que exige que la calidad del personal adscrito al contrato pueda afectar «de manera significativa» a su mejor ejecución.

Trasladado todo lo anteriormente señalado a los criterios de adjudicación impugnados, se observa que valoran la capacidad del licitador para ejecutar el contrato, pero no están dirigidos a evaluar la oferta concreta de ejecución del contrato en orden a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. En particular, el criterio de adjudicación Acciones de Prevención de siniestralidad en la flota, valora las acciones realizadas por el licitador para otras empresas puntuando a tal efecto una determinada experiencia acumulada en el pasado, pero ni solicita ni valora la propuesta de acciones para la flota de TUVISA en cuyo aseguramiento va a intermediar. Por su parte, el criterio desarrollado en la cláusula 7.1.3 del PCAP pretende evaluar la Capacidad de gestión comercial puntuando a tal efecto el número de vehículos en los que se ha intermediado, lo cual únicamente podrá ser acreditado por el licitador y, al igual que ocurre con la experiencia, no se trata de un criterio orientado a valorar un aspecto de la oferta contractual sino la capacidad genérica del licitador para ejecutar el contrato. A este respecto, se ha de tener en cuenta que conforme al artículo 58.1 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, a cuya transposición obedece la LCSP, los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios de selección referidos a la habilitación, a la solvencia económica y financiera y a la capacidad técnica y profesional como requisitos de participación, lo que descarta que puedan ser formulados como criterios de adjudicación.

Finalmente, procede señalar que el poder adjudicador no se puede amparar en el supuesto del artículo 145.2. 2º de la LCSP, ya que no se evalúan por los criterios impugnados ni la organización ni la cualificación y experiencia del personal adscrito, que son objeto de valoración en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. En definitiva, se valora una característica del licitador, propio de la solvencia y valorable como requisito de participación pero que no puede ser criterio de adjudicación.



- 1) El punto debatido valora de forma automática en dos (2) puntos a todos los licitadores que presenten los siguientes certificados: (i) gestión de calidad ISO 9001 o similar y (ii) gestión ambiental ISO 14001 o similar. Brevemente expuesto, el certificado ISO 9001 determina los requisitos de un sistema de calidad para su aplicación interna por organizaciones públicas o privadas, y se centra en la eficacia del sistema de gestión de calidad para satisfacer los requisitos de los clientes; por su parte, el certificado ISO 14001 pretende la aplicación en organizaciones del sector público o privado de un plan de manejo ambiental que incluya objetivos y metas medioambientales, políticas y procedimientos para lograr esas metas, etc., describe el proceso que debe seguir la empresa y la exigencia del respeto a las leyes ambientales nacionales. En ambos casos, los certificados se refieren a sistemas de gestión – calidad y medioambiental– a aplicar en los procesos productivos de organizaciones públicas o privadas. Por su parte, la LCSP prevé la presentación de este tipo de certificados, o sus equivalentes o la posibilidad de aceptar otras pruebas en sus artículos 93 Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad y 94 Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, como medios de acreditación de la solvencia.
- 2) Tomando en consideración lo anteriormente expuesto y a juicio de este OARC / KEAO, la cláusula 13 del PCAP impugnada no hace referencia a características vinculadas con el objeto del contrato en el amplio sentido en el que se define dicha vinculación en los artículos 145 a) y 145.6 de la LCSP, con independencia de que el contrato se halle o no sujeto a regulación armonizada. Por el contrario, recoge requisitos propios de las condiciones de aptitud de las empresas licitadoras, pues dichos certificados se refieren a características generales de la política medioambiental, productiva o corporativa de la empresa.
- 3) En este sentido, debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Sala Primera), de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06, Lianakis y otros, ECLI:EU:C:2008:40), declaró que “se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para



ejecutar el contrato en cuestión”. Asimismo, este Órgano ya señaló en su Resolución 77/2020 que se ha de tener en cuenta que conforme al artículo 58.1 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, a cuya transposición obedece la LCSP, los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios de selección referidos a la habilitación, a la solvencia económica y financiera y a la capacidad técnica y profesional como requisitos de participación, lo que descarta que puedan ser formulados como criterios de adjudicación. Finalmente, debe señalarse que es doctrina pacífica de los Órganos y Tribunales administrativos de recursos contractuales que los certificados de aseguramiento de la calidad o medioambientales no pueden utilizarse como criterios de adjudicación si no están vinculados al concreto objeto del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 90/2019 del TARCyL o la 76/2015 de este OARC/KEAO).

- 4) Por último, hay que señalar que el órgano de contratación tampoco ha justificado en el expediente la vinculación que cada uno de los certificados exigidos tiene con el objeto del contrato, tal como exige el apartado 1 del artículo 145 de la LCSP, más allá de señalar que se incluyen como criterio de adjudicación para que garanticen ir avanzando en la mejora continua del servicio, lo cual resulta manifiestamente insuficiente.

[Resolución 92/2022](#)

(...) la interpretación sistemática conduce a considerar que la experiencia valorable es la del licitador, lo cual no es aceptable. Téngase en cuenta que el artículo 145.2. 2º de la LCSP permite valorar la cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo. Ello se debe a que la calidad de la ejecución de un contrato puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia y su formación, lo cual puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, y por lo tanto ser utilizada, en estos casos, como criterio de adjudicación (ver en este sentido las Resoluciones del OARC / KEAO 189/2019 y 61/2020 y la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204), pero no la experiencia de la empresa porque, como es bien conocido, la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar el contrato que se ha de adjudicar y la



adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes que se rigen por normas diferentes (STJUE asunto C- 7/9 31/87, sentencia Beentjes, EU:C:1988:422, apartados 15 y 16).

5.4.14. Acreditación del criterio de adjudicación

[Resolución 119/2020](#)

La recurrente considera que la adjudicataria no puede ser merecedora de 0,25 puntos en el subapartado relativo al papel higiénico y secamanos del criterio MEJORAS, porque no ha justificado mediante la ficha técnica que el papel posea una eco etiqueta aprobada por la Unión Europea. Este Órgano considera que dicha alegación no puede estimarse, ya que los pliegos del contrato no establecen prescripción alguna sobre la manera en que debe justificarse la tenencia de dicha etiqueta de carácter medioambiental, de forma que la declaración responsable efectuada por ZAINZEN en la que se indicaba que ambos productos cumplían con dicho requisito constituye un claro compromiso contractual, sin perjuicio de que, en su caso, se vigile su cumplimiento en el periodo de ejecución del contrato. Consecuentemente, el producto ofertado ha sido correctamente valorado por el poder adjudicador (ver, por ejemplo, la resolución OARC/KEAO 105/2017).

[Resolución 197/2021](#)

Se alega que la exigencia de los pliegos de que el licitador identifique con su matrícula los vehículos es una medida desproporcionada. Este argumento ha de ser desestimado por las siguientes razones (ver también la sentencia de 16/11/2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº de resolución 348/2016, ECLI:ES. TSJM: 2016:12177, especialmente su Fundamento jurídico cuarto, que versa sobre un supuesto muy similar):

- 1) Tal y como se ha indicado en el apartado b) precedente, para la obtención del título administrativo habilitante para la realización del transporte público de viajeros por carretera se deben acreditar unas condiciones, entre las que se



encuentra, la de disponer de uno o más vehículos matriculados en España (artículo 43.1.d) de la LOTT). Esta disposición, al igual que la cláusula impugnada, no implica que el licitador deba gozar de la propiedad del vehículo ofertado, sino que puede acudir al arrendamiento financiero o al arrendamiento ordinario (artículo 54.2 de la LOTT).

- 2) Se alega que el mencionado criterio es desproporcionado, pues se requiere que los licitadores dispongan de los vehículos matriculados en el momento de presentación de la oferta. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 manifiesta que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea, deben reunir cuatro requisitos (apartado 25): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado se observa que este es, en principio, no discriminatorio, ya que se exige en términos abstractos, de forma igual para todos los licitadores y sin diferenciar en razón de sus circunstancias personales (domicilio social, nacionalidad, etc.) o del origen o procedencia geográfica de los bienes. Además, es relevante que el licitador debe disponer en su organización de uno o más vehículos para efectuar su actividad profesional. Si bien se observa que el poder adjudicador no aporta una justificación expresa del criterio debatido, pues no se puede considerar como tal la afirmación genérica y obvia de que los criterios aportan un mayor valor añadido a cada oferta comparativamente con el resto, lo cierto es que la normativa que regula la seguridad en la prestación de este servicio (LOTT y RD 443/2001), otorga especial importancia a la antigüedad de los vehículos que realizan el transporte escolar hasta el punto de impedir que vehículos de una determinada antigüedad lo efectúen. De la misma forma, el requisito parece adecuado y proporcionado a su finalidad, sin que vaya más allá de lo necesario para satisfacerla, pues (i) no se configura como requisito de admisión, por lo que no impide a ningún operador económico la presentación



de una oferta, teniendo en cuenta además que todos ellos deben disponer para el ejercicio de su actividad de uno o más vehículos, (ii) se configura como criterio de adjudicación, lo que posibilita la comparación de los vehículos con los que se va a prestar efectivamente el servicio y permite seleccionar, junto con otros criterios, a vehículos de menor antigüedad, (iii) el criterio de adjudicación no exige la propiedad del vehículo, pudiéndose acudir a otras formas de disponibilidad del mismo (artículo 54.2 de la LOTT) y (iv) el clausulado no impone un límite a que el vehículo pueda ser ofertado en más de un lote (el contrato se divide en 140 lotes).

[Resolución 202/2023](#)

(...) A este respecto, este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver la Resolución 105/2017) que si el poder adjudicador desea que el cumplimiento del criterio se acredite de alguna forma concreta debe exigirlo así como parte del procedimiento de evaluación, como pide el artículo 67.4 de la Directiva 2014/24 (traspuesto en el artículo 145.5.c) de la LCSP), 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». Por ello, al no constar en las estipulaciones del contrato prescripción alguna al respecto, el poder adjudicador no puede considerar insuficiente el compromiso aportado por el licitador en su oferta, cuyo contenido se analiza en el apartado 4) siguiente, sin perjuicio de que, en su caso, se vigile su cumplimiento en el periodo de ejecución del contrato. Ello implica que, no habiendo sido el criterio de adjudicación impugnado en el momento procedimental oportuno por ninguna de las partes, no hay otra posibilidad más que la pura y simple confrontación del compromiso del licitador con los términos en los que está redactado el criterio, sin que se pueda efectuar una interpretación distinta de su literalidad porque en la valoración de un criterio automático no cabe ningún margen de discrecionalidad.



5.4.15. Subcriterios

[Resolución 66/2021](#)

El poder adjudicador puede determinar, tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas coeficientes de ponderación no previstos en el pliego de condiciones y que no han sido comunicados previamente a los licitadores bajo tres condiciones: (i) que esa determinación ex post no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, (ii), no contenga elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación y (iii) no se haya adoptado teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (ver, en este sentido, STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartado 26 y las Resoluciones de este OARC/KEAO 63/2017 y 101/2018).

A juicio de este OARC/KEAO la pretensión de anulación de la adjudicación basada en este motivo debe ser desestimada, ya que en ninguno de los casos (plan de trabajo, organización de los mismos y resto de actividades o servicios a presentar por la adjudicataria) NOS hallamos ante verdaderos nuevos criterios secundarios de adjudicación, sino que estructura de forma diferente el análisis del contenido de la oferta solicitado en la cláusula 9, apartado 1) del PPT. Así, se aprecia que se están valorando aspectos de la oferta relacionados con el criterio de adjudicación especificado, de tal forma que incluso en el tercero de los aspectos valorados la recurrente obtiene la mejor puntuación. En definitiva, lo que el recurrente denuncia como nuevos subcriterios, no previstos en los pliegos, no constituyen más que el uso de la libertad formal que asiste al poder adjudicador para plasmar su motivación, eligiendo dividir su exposición en varios epígrafes que afectan, todos ellos, a aspectos del criterio de adjudicación descrito en los pliegos, sin que se traspasen los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste para aplicarlo.



[Resolución 148/2022](#)

Si por “criterio para la distribución de la puntuación” la recurrente se refiere a la falta de ponderación de cada criterio secundario, este Órgano ha manifestado con anterioridad (ver en este sentido la Resolución 184/2019) que la obligación de ponderación no alcanza a los subcriterios argumentando, a tal efecto, que cabe introducir factores de ponderación de subcriterios dentro de los criterios de adjudicación una vez transcurrido el plazo de presentación de ofertas, siempre y cuando concurren tres requisitos. En primer lugar, esta determinación ex post, no puede modificar los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. En segundo lugar, no puede contener elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación. En tercer lugar, no puede adoptarse teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (véase, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-677/15p, ECLI:EU:C:2017:998, apartado 33).

5.4.16. Comparación efectiva

[Resolución 21/2021](#)

Considera la recurrente que el no señalamiento de un límite de número máximo de horas gratuitas a ofertar es contrario a derecho. Contrastado el criterio con los requisitos señalados en el apartado a) de este Fundamento jurídico noveno, este OARC / KEAO considera que este motivo debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Se valora con 15 puntos sobre 100 la oferta de más de 500 horas para la realización de unos trabajos ligados a unas hipotéticas futuras necesidades, que puede que no se ejecuten o se ejecuten en parte, sobre las que el poder adjudicador no especifica una previsible extensión máxima. Además, parte de las necesidades que se pretenden satisfacer con estas horas se solapan con la obligación contractual de ejecutar necesidades no previstas en el contrato y, otra



parte, se refiere a unas necesidades (las derivadas de inundaciones u otras inclemencias meteorológicas) que afectarán a un número limitado de edificios e instalaciones, ya que no se debe olvidar que la mayor parte de los servicios demandados se ejecutan en el interior de los edificios. A este respecto, cabe señalar que corresponde al poder adjudicador definir sus necesidades. Así, el artículo 1 de la LCSP exige que la contratación de servicios defina previamente las necesidades a satisfacer, el artículo 28.1 de la LCSP obliga a que la documentación preparatoria del contrato determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato y el artículo 145.4 de la LCSP dispone que los órganos de contratación velarán para que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Todas estas previsiones de la LCSP van encaminadas a que el contrato que se licite esté debidamente meditado y planificado (ver, en este sentido, la Resolución 50/2020 del OARC / KEAO) y que los criterios de adjudicación sirvan para identificar la oferta que mejor satisfaga las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato y malamente puede servir a esta finalidad el criterio impugnado cuando no hay una previsión acerca de la posible extensión de lo evaluado y, por consiguiente, se puedan valorar ofertas de horas que nunca serán demandadas por innecesarias. Por otro lado, la necesidad de tener que atender a necesidades imprevistas que alega el poder adjudicador está también prevista y articulada en el contrato en la estipulación referida a la “Cobertura de eventos de limpieza no programados” (cláusula 2 H del PPT), que son las prestaciones de limpieza no especificadas en dicha cláusula.

- 2) Se trata de un criterio de adjudicación que no garantiza una comparación objetiva del valor relativo de las ofertas y, por tanto, una competencia real y efectiva. Los criterios de adjudicación deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE) y el resultado de la aplicación del criterio impugnado es contrario a ello. Téngase en cuenta que, tal y como está configurado por el poder adjudicador, es no solo posible, sino previsible, que el criterio provoque la presentación de ofertas con bolsas de horas en cantidades fijadas no de acuerdo con un cálculo



aproximado sobre las que pueden ser razonablemente necesarias, sino con la intención de obtener la mayor puntuación, aunque sea muy improbable que las horas ofertadas vayan a ser utilizadas. A este respecto, es reseñable que el contrato no incluya ningún incentivo a efectuar una oferta razonable. Por un lado, no se facilita una estimación de las horas que pueden requerirse y, de otro, el número de horas que realmente necesitará el poder adjudicador es completamente incierto, incluso más allá del margen de incertidumbre implícito en cualquier criterio en el que la obtención efectiva de la ventaja valorada solo se conoce con posterioridad a la adjudicación del contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 23/2017 y 61/2020 del OARC / KEAO y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, y de 28/3/1995, C-324/93, ECLI:EU:C:1995:84.). En una situación como la descrita, compensa al licitador efectuar una oferta de horas gratuitas desmesurada respecto a las necesidades del Ayuntamiento.

[Resolución 192/2022](#)

- 1) La cláusula debatida no establece un límite máximo de cuantificación económica a ofrecer (en un sentido análogo, ver la Resolución 122/2022 de este Órgano), limitándose a señalar que se otorgará la máxima puntuación al licitador que ofrezca las mejoras económicamente más ventajosas y valorándose las demás en proporción a la más puntuada. Al respecto, debe señalarse que corresponde al poder adjudicador definir sus necesidades. Así, el artículo 1 de la LCSP exige que la contratación de servicios defina previamente las necesidades a satisfacer, el artículo 28.1 de la LCSP obliga a que la documentación preparatoria del contrato determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato, y el artículo 145.4 de la LCSP dispone que los órganos de contratación velarán para que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Todas estas previsiones de la LCSP van encaminadas a que, entre otras finalidades, los criterios de adjudicación sirvan para identificar la oferta que mejor satisfaga las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato; malamente puede servir a esta finalidad el criterio impugnado cuando no hay una previsión acerca de la



posible extensión de lo evaluado y, por consiguiente, se pueden valorar ofertas desproporcionadas o inverosímiles que no aportan ventajas adicionales efectivas para el interés general y no son merecedoras de mayor puntuación.

- 2) Cabe indicar que el criterio de adjudicación así configurado no garantiza una comparación objetiva del valor relativo de las ofertas y, por tanto, una competencia real y efectiva (artículo 145.5 de la LCSP). Los criterios de adjudicación deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como se define en las especificaciones técnicas (considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE) y la configuración del criterio impugnado es contraria a ello. Téngase en cuenta que, tal y como está configurado por el poder adjudicador, es no solo posible, sino previsible, que el criterio provoque la presentación de ofertas con cuantificaciones económicas desmesuradas con la intención de obtener la mayor puntuación, quedando exclusivamente en mano de los licitadores, además, dicha estimación económica.

5.4.17. Criterio de adjudicación no discriminatorio aunque favorezca a unos licitadores frente a otros

[Resolución 120/2021](#)

El recurrente alega que el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor es discriminatorio y que, en uno de sus apartados, no es objetivo y permite una adjudicación arbitraria. A juicio de este Órgano, ninguna de las dos alegaciones puede aceptarse por los motivos que se exponen a continuación.

b 1) Sobre el carácter discriminatorio del criterio

La afirmación de que el criterio de adjudicación es discriminatorio se basa en dos argumentos. En primer lugar, la evaluación consistirá en una prueba en la que participarán los usuarios a los que se destina la aplicación, lo que beneficiaría a las empresas que ya tienen la citada aplicación instalada y que vienen colaborando con



la Guardia municipal. Además, se menciona una empresa concreta que tiene una aplicación destinada a las funciones descritas en los pliegos, señalándose que dicha aplicación tiene características solicitadas en ellos, como estar dirigida tanto a agentes de la Guardia Municipal como a Agentes de Movilidad, trabajar bajo el sistema operativo Android y operar tanto en euskera como en castellano. Estos argumentos deben descartarse:

- 1) El mero hecho de que un criterio pueda favorecer a unos licitadores frente a otros no lo convierte, por sí solo, en discriminatorio, pues precisamente, por definición, es función de cualquier criterio valorar los aspectos de las proposiciones que aporten ventajas a la prestación que se pretende adquirir mediante una comparación entre ellas (ver, por todas, la Resolución 119/2019 del OARC / KEAO); sin embargo, sí se daría la discriminación si el criterio impugnado hubiera establecido la prueba real para favorecer a una empresa o tipo de empresas sin que exista una razón objetiva y proporcionada para ello, haciendo injustificada o desmesuradamente valiosa una característica que solo un posible licitador o categoría de licitadores ostenta (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). En este sentido, el recurrente (a quien le corresponde la carga de la prueba; ver, por analogía, la Resolución 82/2018 del OARC / KEAO) no acredita ni aporta argumentos o evidencias que permitan llegar a dicha conclusión. Por el contrario, el poder adjudicador (ver el apartado 12 del informe del Servicio promotor de la adquisición) justifica la evaluación del criterio mediante una prueba porque se trata de valorar “la adecuación y usabilidad de éste por los usuarios finales”, de modo que se compruebe “el funcionamiento real y en situaciones reales para poder calibrar así la adecuación de la herramienta que se provee”; esta explicación es razonable y ajustada al margen de discrecionalidad que asiste al poder adjudicador en la elección de los criterios de adjudicación, el cual no puede sustituirse por la aspiración del recurrente de que se establezcan otros criterios distintos que le sean más propicios (ver, entre muchas, la Resolución 46/2021 del OARC / KEAO). Por otro lado, no se observa (ni el recurrente señala) ninguna dificultad especial para que un licitador cualquiera ponga a disposición del poder adjudicador los elementos necesarios para llevar la prueba a cabo (según los pliegos, tan solo deben



proporcionar las correspondientes licencias de la aplicación en dispositivo que ofertan).

- 2) El recurso no identifica cuál es la concreta ventaja ilegítima adquirida por la empresa o empresas favorecidas. Tan solo alega que un operador económico concreto ya cumple varias condiciones establecidas en los pliegos (usuarios a los que se dirige la herramienta, sistema operativo y funcionamiento en las dos lenguas oficiales), por lo que obtendría la máxima puntuación. Este argumento no es aceptable por dos razones. En primer lugar, las citadas condiciones no forman parte del criterio de adjudicación discutido (se trata de prescripciones técnicas ajenas al contenido de dicho criterio), por lo que no son relevantes para la puntuación que se otorgue a las ofertas. Por otro lado, la recurrente no discute la pertinencia de las citadas prescripciones para satisfacer las necesidades del poder adjudicador, tan solo alega que benefician a quien dispone de una aplicación que ya las cumple, lo que no es, por sí solo, ninguna irregularidad.
- 3) Finalmente, debe analizarse la relevancia de que haya un operador económico que haya trabajado con el poder adjudicador desde 2018 en la elaboración de una aplicación que podría satisfacer el objeto del contrato impugnado. A juicio de este Órgano, ello tampoco implica ningún reproche legal contra los pliegos recurridos, sin perjuicio de que, en su caso, en el correspondiente procedimiento de adjudicación pudiera ser aplicable lo previsto en los artículos 64.1 o 70.1 de la LCSP o en cualquier otra norma que garantice la ausencia de conflictos de intereses en la contratación pública o la igualdad de trato de todos los licitadores en el procedimiento de adjudicación.



5.4.18. La responsabilidad social del licitador como criterio de adjudicación

[Resolución 143/2021](#)

Por su parte, el criterio automático valora que los licitadores, es decir, las empresas participantes en el procedimiento, dispongan de un Sistema de Gestión de Responsabilidad Social acreditado por AENOR.

El artículo 145.2. 1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser las características sociales referidas entre otras a la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual.

A juicio de este OARC/KEAO, el criterio denunciado incumple el artículo mencionado en cuanto que el Sistema de Gestión de Responsabilidad Social que se va a valorar no está ligado a la ejecución del contrato, sino que se refiere a una característica de la empresa licitadora; por otro lado, esta vinculación al objeto contractual tampoco está explicitada en el expediente de forma que se justifiquen qué aspectos de las prestaciones a ejecutar pueden verse mejorados por la tenencia de un sistema de gestión de responsabilidad social (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 c) de la LCSP). En este sentido, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa (ver, igualmente, las Resoluciones 972/2018 del TACRC y 186/2018 del OARC / KEAO). En definitiva, y dado que el criterio de adjudicación impugnado se refiere a elementos caracterizadores de la identidad de las empresas y no al objeto del contrato, el motivo impugnatorio debe estimarse.



5.4.19. Participación de determinadas entidades en la evaluación de ciertos criterios de adjudicación

[Resolución 187/2021](#)

El artículo 157.5 de la LCSP (aludido también en el artículo 146.2 b) de la misma Ley) prevé que, para el examen y valoración de las proposiciones en el procedimiento de adjudicación, puedan requerirse informes, entre otras entidades, a las organizaciones sindicales, con la finalidad de verificar las consideraciones sociales y ambientales. En contra de lo que afirma el recurrente, no hay un mandato legal de incluir en los pliegos esta posibilidad; de hecho, se trata de una facultad (no una obligación) que los poderes adjudicadores pueden ejercer sin necesidad de que los pliegos lo establezcan expresamente. Por ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

5.4.20. Criterios de adjudicación de desempate

[Resolución 197/2021](#)

El recurrente considera que la exigencia del artículo 147.1 de la LCSP de que los criterios específicos de desempate deban encontrarse vinculados al objeto del contrato, descarta la posibilidad de establecer criterios referidos a la empresa en abstracto, sino que tienen que hacer referencia al personal a adscribir a la ejecución del contrato. A juicio de este Órgano este argumento debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El artículo 147 de la LCSP distingue entre los criterios específicos de desempate previstos en el pliego y los no previstos. Los primeros han de estar vinculados al objeto del contrato y deben obedecer, a elección del órgano de contratación, a una relación de criterios cerrada y la documentación acreditativa de los criterios de desempate debe ser aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo. Para el caso de que no se prevean criterios específicos de desempate en el PCAP, el párrafo segundo del artículo 147 contempla la aplicación por orden de unos criterios



sociales determinados (a excepción del sorteo, que es el último de ellos): en primer lugar, mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, en segundo lugar, menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla y, en tercer lugar, mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla.

- 2) La vinculación al objeto del contrato para los criterios específicos de desempate a prever en el PCAP no puede ser la que se exige para la formulación de los criterios de adjudicación (artículo 145.2 y 6 de la LCSP) y tiene que ser entendida en sentido amplio. En primer lugar, entre el listado cerrado de criterios específicos a poder incluir en el PCAP el primero de ellos, el especificado en la letra a) prevé, para el caso de que las empresas empatadas acrediten un porcentaje de personas con discapacidad superior a la exigida por la normativa, la exigencia de dar preferencia en la adjudicación del contrato al licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. Esto es, la propia norma obliga a que la configuración del criterio de desempate a) sea redactado en relación con la plantilla de la empresa, no en relación con el personal a ejecutar el contrato. En segundo lugar, se relacionan otros criterios de desempate que se refieren a las características propias del operador económico, en las que se contempla una vinculación al objeto del contrato genérica, no referido a su oferta contractual. Así, en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial cabe primar las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato (artículo 66.1 de la LCSP) o cabe primar las proposiciones de las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración. En tercer lugar, la aportación de la acreditación de los criterios específicos de desempate se ha de efectuar en el momento en que se efectúa el empate, no con carácter previo, lo que descarta que se analice información que forma parte de la oferta contractual y, por el contrario, implica el análisis de información diferente, facilitada a posteriori.
- 3) La interpretación amplia de la vinculación al objeto del contrato de los criterios específicos de desempate se concluye igualmente de la interpretación



sistemática del artículo 147 LCSP. Resulta absurdo que, cuando no se prevean los criterios de desempate en el PCAP, los relacionados por el párrafo segundo del artículo 147 se refieran todos ellos, menos el referido al sorteo, a las características generales de la empresa (mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla, mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla) y que, sin embargo, a los criterios previstos en el PCAP se les exijan unas particularidades diferentes.

5.4.21. La valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor no tiene que ser necesariamente proporcional

[Resolución 78/2022](#)

En el apartado relativo al Periodo de validez/caducidad/estabilidad, la recurrente considera que la puntuación debe ser proporcional al tiempo de estabilidad del medicamento tras la reconstrucción, siendo dicho tiempo de estabilidad sensiblemente superior en el caso del producto ofertado por ella respecto del de la adjudicataria. Al respecto, debe señalarse en primer lugar, que no nos hallamos ante un criterio automático por lo que el evaluador no está obligado a seguir una regla de proporcionalidad ni ningún otro baremo matemático, si bien sí debe justificar, como lo ha hecho en este caso, la razón a la que obedece la diferencia en la puntuación. Téngase en cuenta que siempre que la regla o sistema de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor no se haya expresado en los pliegos de la licitación los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (ver, en este sentido la Resolución 11/2019 del OARC / KEAO y la jurisprudencia del TJUE en ella citada). En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que es posible que a partir de un determinado periodo superior a las 24 horas de estabilidad el tiempo adicional deje de aportar una ventaja cualitativa (o la aporte en menor grado) para el poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 24/2020 de este OARC/KEAO). (...)



5.4.22. Umbral de saciedad en criterios distintos del precio

[Resolución 148/2022](#)

La recurrente considera que, al igual que con la fórmula que valora el canon, las otras dos fórmulas, que valoran el importe económico destinado a campañas de publicidad y a un fondo social y en las que también se establecen “umbrales de saciedad”, son irracionales y dañosas para el erario público. Este OARC /KEAO considera que los argumentos contenidos en sus Resoluciones 136/2018, 21/2021 y 122/2022, referidos a fórmulas de valoración de criterios de adjudicación diferentes al precio que no establecen límites a la extensión de lo evaluado, como la oferta de una bolsa de horas adicionales sin límite alguno, son aplicables a las fórmulas que ahora se analizan y conducen a la desestimación de este motivo de recurso.

- 1) En las anteriormente mencionadas Resoluciones este OARC / KEAO ha admitido y ha considerado que no es contrario a la competencia un criterio de adjudicación sujeto a fórmula que valora un aspecto distinto del precio en el que se conoce de antemano lo que hay que ofertar para obtener el máximo de puntos, por entender que el sistema de valoración se basa en que no aportan ventajas merecedoras de puntuación las unidades adicionales a partir de un cierto umbral.
- 2) Los criterios recurridos valoran el importe económico destinado a campañas de comunicación y sensibilización y el destinado a un fondo que se destinará como bono social para la bonificación o exención de determinados usuarios. Los límites fijados en la fórmula tienen como finalidad la de señalar cuál es el umbral a partir del cual el poder adjudicador ve satisfecha su necesidad. Ha de tenerse en cuenta que, en contra de lo que ocurre con el canon, en el que todo incremento representa un mayor ingreso presupuestario, esto es, una innegable ventaja económica adicional para el poder adjudicador, no ocurre lo mismo con los otros dos criterios automáticos impugnados. Así, llegados a un umbral, la oferta de una mayor cantidad económica destinada a campañas de publicidad o a un fondo social no representan ninguna ventaja para el poder



adjudicador debido a que, en el primer caso, las campañas de publicidad deben tener forzosamente un alcance limitado, por la naturaleza de la prestación y la materia y el número limitado de usuarios a los que van destinadas, y, en lo que se refiere al segundo de los criterios, porque la población destinataria del fondo social es un número limitado de usuarios del servicio. En resumen, la ventaja económica que representa una oferta a partir de los umbrales señalados en dichas fórmulas no existe para el poder adjudicador, por lo que resulta conforme al principio de transparencia que se especifique cuál es dicho límite.

- 3) Lo señalado en los apartados 2) y 3) anteriores se debe a que corresponde al poder adjudicador definir sus necesidades. Así, el artículo 1 de la LCSP dispone que una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios exige que la contratación de servicios exige la definición previa de las necesidades a satisfacer, el artículo 28.1 de la LCSP obliga a que la documentación preparatoria del contrato determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato, y el artículo 145.4 de la LCSP exige a los órganos de contratación que establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Todas estas previsiones de la LCSP van encaminadas a que el contrato que se licite esté debidamente meditado y planificado (ver, en este sentido, la Resolución 50/2020 del OARC / KEAO) y a que, entre otras finalidades, los criterios de adjudicación sirvan para identificar la oferta que mejor satisfaga las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. Esta finalidad no se verá satisfecha si se han de comparar y valorar ofertas que carecen de ventaja económica alguna para el poder adjudicador a partir de cierto umbral.

5.4.23 Justificación de los criterios de adjudicación

[Resolución 007/2023](#)



A juicio de este Órgano, y en lo que a la ausencia de justificación de la elección de los criterios de adjudicación se refiere, debe acudirse a su reiterada doctrina sobre la naturaleza formal del requisito de motivación (ver, por ejemplo, la Resolución 166/2019). Así, dicha falta solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), lo que no sucede en este caso por las siguientes razones:

- 1) Los criterios de adjudicación del presente contrato son (i) Propuesta técnica del proyecto de servicios: 49 puntos; (ii) Oferta económica: 49 puntos máximo; y (iii) Calidad asociada a bolsa horaria adicional a la establecida en los pliegos técnicos: 2 puntos máximo.
- 2) El único criterio sujeto a juicio de valor denominado “Propuesta Técnica del proyecto de servicios”, está conformado por cinco subcriterios que, a su vez, contienen 27 aspectos secundarios específicos que deberán tenerse en cuenta a la hora de valorar las ofertas de las licitadoras. Por otro lado, los dos criterios sujetos a fórmula no requieren de mayor motivación por su concreción. En definitiva, y siendo cierto que no consta en el expediente la justificación de su elección, no es menos cierto que hay criterios de adjudicación, como los que nos ocupan, cuya vinculación es manifiesta, incuestionable e indiscutible por su propia naturaleza sin necesidad de un análisis exhaustivo (ver, Resolución 17/2021 del TARCJA), de modo que la falta de justificación de su elección por el órgano de contratación carece de fuerza invalidante. E igualmente, como dice la Resolución 57/2022 del TACRC, la justificación del criterio se deriva de su propia redacción, por lo que no cabe apreciar que el acto impugnado impida a la norma alcanzar el fin a que se destina o que vaya a causar indefensión o perjuicio a la recurrente a la hora de presentar su proposición, que, por otra parte, no se alega y menos aún se acredita.
- 3) Por último, y en lo que se refiere a la alegación relativa a la fórmula para la valoración de los criterios sujetos a ella, el recurrente se limita a apuntar la falta de justificación, pero sin aportar ningún argumento que discuta su ajuste a la legalidad, ni mucho menos señalar en qué le puede perjudicar o discriminar su



aplicación en el procedimiento de adjudicación. Por ello, la impugnación no está soportada por un interés real y parece obedecer únicamente a la intención de incrementar el número de reproches legales a los pliegos con un criterio puramente formalista.

[Resolución 196/2023](#)

El recurrente alega la falta de justificación en la elección de los criterios de adjudicación.

- 1) Este Órgano ya ha señalado (ver su Resolución 215/2021) que la LCSP no exige que todas y cada una de las cláusulas de los pliegos esté debidamente justificada en el expediente; tal requerimiento solo es aplicable a los concretos supuestos en los que la Ley así lo pide expresamente (ver, en especial, el artículo 116.4 de la LCSP).
- 2) La memoria que da cumplimiento al mandato de los artículos 116.4 c) y 146.2 de la LCSP sobre justificación de los criterios de adjudicación en general, y de los sujetos a fórmula en particular, no especifica las razones de la elección de la Administración. No obstante, este Órgano ya ha señalado (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 166/2019 y 95/2019) que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que contiene las razones de su oposición y, además, se le ha dado la razón en la falta de transparencia del único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor.

5.5. Prescripciones técnicas



5.5.1. Barreras de entrada a la competencia

[Resolución 87/2018](#)

Como ha señalado este OARC / KEAO en ocasiones anteriores, para que se pueda considerar la existencia de una barrera de entrada la prescripción técnica denunciada debe cumplir, por lo que interesa al objeto del recurso, dos condiciones. La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por un producto o tipo de producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan, y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida 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. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato; finalmente, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la concurrencia, sin perjuicio de la inserción, en su caso, de dichos requisitos como criterios de adjudicación (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 116/2014, 7/2016, 111/2017 y 70/2018).

A la vista de todo lo anterior y de las alegaciones de las partes, este OARC / KEAO considera que la prescripción denunciada, si bien puede limitar en cierta medida el acceso a la licitación, obedece a razones de interés público atendibles, proporcionadas y relacionadas con el objeto y finalidad del contrato, estando su inserción en los pliegos amparada por la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación. En este sentido, se observa que Osakidetza acredita que es una característica relevante para el mejor descanso de los pacientes (objetivo básico y no meramente accesorio del suministro que se pretende adquirir) y que no es privativa de un único fabricante. Finalmente, no se observa ningún indicio de que la prescripción debatida se haya establecido con la intención ilegítima de perjudicar o beneficiar a empresas o tipos de empresas concretas.



[Resolución 113/2018](#)

El artículo 126.1 de la LCSP establece que las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública 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.

Aplicados los citados principios a la prescripción impugnada, se observa en primer lugar que su establecimiento obedece a muy atendibles motivos de seguridad, ergonomía y eficacia, y en ningún caso puede considerarse caprichosa, arbitraria o desproporcionada. En segundo lugar, la descripción que figura en el PPT se formula en términos abstractos y por referencia a la funcionalidad que pretende satisfacerse, sin mencionar una patente o producto concreto, y permitiendo, como bien expresa el informe del poder adjudicador y se deduce del uso del término “similar”, la presentación de otras soluciones técnicas alternativas existentes en el mercado, siempre que satisfagan la citada funcionalidad. A mayor abundamiento, el hecho de que se hayan presentado dos ofertas a la licitación es también un indicio de la inexistencia de una barrera de entrada limitativa de la concurrencia.

[Resolución 95/2019](#)



El recurrente impugna el apartado 5 del PPT (Condiciones técnicas mínimas de prestación de los servicios objeto del contrato) en su epígrafe Notificaciones administrativas, que exige la fehaciencia de las mismas. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso se basa en una incorrecta interpretación del contenido de la cláusula. UNO considera que la exigencia de presunción de fehaciencia es anticompetitiva porque el régimen legal de las notificaciones la hace innecesaria. Sin embargo, el PPT en absoluto solicita que los licitadores o el adjudicatario deban necesariamente gozar de presunción alguna; por el contrario, el PPT exige que la práctica de las notificaciones administrativas incluya la constancia fehaciente de su entrega o recepción o rehúse o imposibilidad o entrega, y que los licitadores especifiquen en su oferta los medios con los que van a garantizarla. Es cierto que el operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal (la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos), disfruta de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales (ver el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), pero los pliegos permiten que cualquier otro operador pueda proponer un sistema que dote a las notificaciones de la citada fehaciencia. Por lo tanto, no puede considerarse que la prescripción debatida sea una barrera anticompetitiva, ya que, de existir una ventaja en favor de Correos, estaría motivada por una norma reguladora de la actividad postal, no por los pliegos impugnados, que se limitan a solicitar, de modo abstracto, general y abierto a cualquier solución técnica y legalmente aceptable, la veracidad imprescindible para que las notificaciones produzcan los efectos jurídicos que les son propios dentro del procedimiento administrativo en el que se insertan. Debe recordarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 10/12/2015, nº de recurso 3156/2014, ECLI:ES:TS:2015:5395 (que confirma la Resolución 312/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), establece que las Administraciones Públicas pueden optar por tramitar un procedimiento de adjudicación abierto en el que concurran tanto entidades que tengan reconocida la citada presunción como otras que, careciendo de ella, oferten un sistema que supla las ventajas de dicha presunción con parecidas cotas de eficacia, opción que es precisamente la tomada por el poder adjudicador.



Resolución 215/2021

En definitiva, la empresa recurrente alega que los pliegos impugnados incluyen prescripciones técnicas relativas a las dimensiones de los vehículos ofertados que operan como “barreras de entrada” porque impiden o dificultan ilegítimamente el acceso a la licitación a proveedores que pueden ejecutar correctamente la prestación contractual. En relación con esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) Este Órgano ha establecido (ver, por todas, su Resolución 102/2019), por lo que interesa al presente recurso, que son dos los requisitos que debe cumplir una prescripción técnica para ser considerada una barrera de entrada ilegítima. El primero de ellos es que se fije una especificación que solo puede ser cumplida por una única solución técnica, lo que provocaría una imposibilidad o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no están en disposición de ofrecer un bien o servicio que la cumpla. El segundo requisito es que dicha especificación sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida 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. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato. Asimismo, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos cuyo escaso valor añadido para el objeto de la prestación no compense su efecto restrictivo de la concurrencia (ver, por ejemplo, la Resolución 7/2017 del OARC / KEAO).
- 2) Habida cuenta de la naturaleza de la prestación contractual y del alcance de las prescripciones debatidas, es claro que su contenido puede dificultar en gran medida la presentación de una oferta. Debe tenerse en cuenta que se trata de especificaciones que se refieren a características intrínsecas y esenciales de los vehículos, como son las relativas a sus dimensiones. Por ello, los operadores que carezcan de autobuses adecuados no pueden satisfacerlas mediante la modificación o adaptación de los que ya dispongan, sino que deben adquirir otros distintos por algún título legalmente admisible, expresamente



para la licitación recurrida, con la carga económica y organizativa que ello puede suponer.

- 3) Por lo que se refiere al contraste de la arbitrariedad de las prescripciones, debe partirse de la base de que el poder adjudicador justifica su establecimiento en la adaptación de los vehículos a las características de las vías por las que han de circular; en particular, se alega que las limitaciones de dimensiones se han decidido con la intervención de las Administraciones y motivadas por accidentes y quejas de los interesados (familias, personal docente y transportistas).
- 4) Partiendo de lo expresado en los apartados 1) a 3) anteriores, para el análisis de legalidad que corresponde a este Órgano son relevantes varias consideraciones:
 - La circulación viaria (especialmente de vehículos de transporte escolar) es una actividad sujeta a la normativa aplicable, incluyendo la señalización de las vías y los preceptos que regulan su uso. La principal función de dicha normativa es procurar la seguridad de los usuarios. Por ello, hay que suponer que la utilización de las vías de los itinerarios de la presente licitación ya está sometida a una normativa (incluida su señalización) adecuada en este sentido, que deben cumplir todos los vehículos que las utilicen, y no solo los que presten el servicio impugnado. Salvo en un caso, el poder adjudicador no invoca expresamente como justificación de las prescripciones ninguna norma cuyo respeto exija su establecimiento.
 - Si bien es cierto que no hay una prohibición de que las prescripciones técnicas sean más exigentes que los mínimos legalmente exigibles al desempeño de la prestación contratada, no es menos cierto que dicha exigencia debe ser, entre otras cosas, proporcionada (ver, por ejemplo, la Resolución 49/2020 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28/5/2021, nº 21/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1446). En este sentido, debe insistirse en que la afectación al libre acceso al contrato que producen las limitaciones de dimensiones es muy intensa. Por el contrario, como se verá, el poder adjudicador no ha acreditado suficientemente que, paralelamente, hayan



generado un valor añadido significativo para la prestación, lo que supone la desproporción de las medidas.

- No es aceptable la alegación de que el órgano de contratación no está obligado a justificar todas y cada una de las prescripciones contractuales. Es cierto que dicha justificación no tiene que constar en el expediente de contratación (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 de la LCSP), pero ello no significa que no corresponda al poder adjudicador defender dichas prescripciones ante un recurso especial que las ataca una vez que el recurrente ya ha hecho un esfuerzo por argumentar su ilegalidad.
- Finalmente, no es relevante que el mercado pueda proveer vehículos que satisfagan las prescripciones impugnadas; lo relevante es si hay razones proporcionadas para exigir dichas prescripciones que compensen la carga que adquirirlos supone para los operadores que no disponen de ellos.

[Resolución 192/2023](#)

(...)

La recurrente impugna la “condición de ejecución del contrato” consistente la disposición de un local adscrito al contrato con las exigencias establecidas en el PPT (apartado 11 del PCAP); este extremo se acreditará junto con la documentación técnica, según lo recogido en la cláusula 13 del PCAP. Por su parte, esta última cláusula establece que en el citado sobre se incluirá un “Título acreditativo de la disposición de un local adscrito al presente contrato con las exigencias establecidas en el pliego de condiciones técnicas, o, en su caso, compromiso del propietario o poseedor del local para la puesta a disposición del mismo en caso de resultar adjudicatario del contrato. En la documentación que se presente, se deberán recoger las características y ubicación de dicho local.” Por su parte, el apartado 7 “Instalaciones” del PPT establece, entre otras cosas, que el local de referencia (la “nave – garaje”) deberá estar ubicada en el término municipal de Irun, a una distancia inferior a 1,5 kilómetros de cualquiera de las cabeceras de las líneas de autobús (según el propio poder adjudicador, la citada distancia abarca todo el municipio). A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) El recurrente entiende que la cláusula impugnada supone una “barrera de entrada” al contrato desproporcionada y no justificada por un imperioso interés general.



En principio, parece claro que la estipulación puede obstaculizar o dificultar la presentación de una oferta a los operadores económicos menos arraigados en Irun, mientras que puede favorecer a los más vinculados con la localidad. Sobre esta cuestión, del apartado 25 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 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 (ver también la Resolución 58/2018 del OARC / KEAO). El contraste de estos requisitos con la cláusula impugnada se realiza en los siguientes epígrafes.

- 2) La condición se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, como su domicilio social o su nacionalidad.
- 3) Por lo que se refiere a su fundamentación en una razón de interés general, el poder adjudicador alega que la estipulación atiende a (i) la necesidad de que los vehículos queden estacionados y protegidos en una base operativa y puedan recargarse cuando estén fuera de servicio y a (ii) evitar potenciales retrasos perjudiciales para los usuarios, habituales, por ejemplo, en época estival por cortes o retenciones en los márgenes del municipio (frontera con Francia, playas de Hendaia y Hondarribia...). En principio, estas alegaciones serían aceptables, pues están vinculadas con la calidad de la prestación contratada y con su correcta ejecución.
- 4) No obstante lo anterior, la medida no puede considerarse adecuada para la satisfacción de los intereses alegados. En primer lugar, el estacionamiento, protección y recarga de los vehículos son circunstancias que no guardan ninguna relación con el lugar geográfico en el que se realicen, sin que haya razón alguna para que dichas operaciones no puedan efectuarse en cualquier



sitio. En segundo lugar, la cercanía de la “nave – garaje” a la cabecera de línea podría ayudar a evitar, como mucho, que el vehículo llegara con retraso al inicio del servicio, pero no impediría las demoras por congestiones de tráfico durante los recorridos de los autobuses en cada una de las líneas.

- 5) En cualquier caso, la exigencia de un local de características tan específicas en un entorno geográfico tan reducido no parece proporcionada al escaso alcance de los hipotéticos beneficios para la calidad del servicio en comparación con el fuerte carácter limitativo de la competencia y el acceso al contrato que puede conllevar la cláusula impugnada. En particular, que la nave tenga que radicar precisamente en el término municipal de Irun y no, por ejemplo, en su entorno inmediato aunque se corresponda con otras demarcaciones municipales, va más allá de lo necesario para proteger los intereses alegados y es un indicio de vinculación con el Ayuntamiento (ver, “sensu contrario”, la Resolución 84/2017 del OARC / KEAO, que trata de un caso en el que la exigencia de proximidad era en virtud de distancia geográfica y no del ámbito territorial del poder adjudicador).

(...)

Se impugna el apartado 7 del PPT que establece que la potencia de las instalaciones de recarga deberá aumentarse hasta los 400 kw. en el plazo de seis meses desde la formalización del contrato, por cuenta de la adjudicataria. Se prevé que las empresas licitadoras deberán tener en cuenta el coste de inversión correspondiente en su oferta económica, con un plazo de amortización de 50 años, y que la instalación no quedará de titularidad municipal a la finalización del contrato, por lo que no se abonará la amortización pendiente. La recurrente alega que estas condiciones económicas son limitativas de la concurrencia y del acceso al contrato. A juicio de este Órgano, este motivo debe aceptarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) El apartado 7 del PPT establece, en su quinto párrafo, que la adjudicataria deberá aumentar a su cargo, incluyendo la instalación eléctrica (obra civil, permisos y legalizaciones) en el plazo de seis meses desde la formalización del



contrato, la potencia disponible de las instalaciones de recarga hasta los 400 kw (se parte de la necesidad de garantizar 80 kw, según el párrafo anterior). Igualmente, se establece que los licitadores deberán tener en cuenta el coste de la citada inversión en su oferta económica, con un plazo de amortización de 50 años, y que la instalación no será de titularidad municipal a la finalización del contrato por lo que no se abonará la amortización pendiente.

- 2) Más allá de dispuesto en el apartado 7 del PPT e indicado en el epígrafe 1) anterior, los pliegos no recogen ninguna descripción adicional o detalle de la inversión ni desde el punto de vista técnico (prescripciones técnicas, planos, etc.) ni desde la perspectiva económica (coste o presupuesto estimativo de esa concreta inversión, por ejemplo). El desglose de costes del PBL (cláusula 4.3 del PCAP) sí incluye una partida de “Amortización inversión”, pero no especifica qué parte de ella es atribuible a la estipulación impugnada; por su parte, el estudio económico del poder adjudicador señala que las variables tenidas en cuenta para calcular esta partida incluyen 700.000 euros a amortizar en 50 años (aunque se estima que la inversión “oscilará entre los 300.000 euros y 700.000 euros a amortizar en 50 años”). Por lo que se refiere a la documentación que debe incluirse en la proposición, el PCAP señala que en el sobre 2 (relativo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor) se introducirá una “declaración responsable sobre cumplimiento de requisitos” que comprenda el compromiso de la empresa de cumplir la cláusula recurrida, sin que además se exija información alguna sobre los aspectos técnicos o económicos de la inversión. En cuanto al sobre 3 (oferta económica y criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas), se requiere que incluya un “Estudio económico” que debe justificar el coste total de la oferta, que no será objeto de valoración y cuya única finalidad es “tener un mayor detalle de la oferta presentada”; entre otros componentes de coste, el Estudio incluirá las “inversiones previstas”, pero no se menciona específicamente la que es objeto de debate.
- 3) Por otro lado, los criterios de adjudicación no contemplan el modo de cumplir con la inversión exigida como aspecto evaluable. Esta cuestión no aparece expresamente mencionada en ninguno de los subcriterios del criterio “Proyecto técnico” (único criterio sujeto a juicio de valor), ni tampoco, como ya se ha dicho,



en la descripción del único criterio sujeto a evaluación mediante fórmula (“Precio”).

- 4) De lo señalado en los epígrafes 1) a 3) anteriores se deduce que la cláusula recurrida impone una obligación con un alcance económico que los pliegos no cuantifican específicamente pero que, en todo caso, es muy importante, pues solo así se explica que el periodo de amortización de la inversión se estime nada menos que en 50 años y que el PPT requiera expresamente que los licitadores tengan en cuenta el coste de la inversión en su oferta. A juicio de este Órgano, esta falta de información clara sobre el alcance de una cláusula económicamente relevante es una infracción del principio de transparencia (artículo 1.1 LCSP), que exige que los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato tengan conocimiento de los factores determinantes para la elaboración de su oferta (ver, por todas, la Resolución 163/2018 del OARC / KEAO).

[Resolución 102/2023](#)

Por último, cabe señalar que lo relevante no es que exista en el mercado un producto que satisfaga las prescripciones impugnadas, sino si hay o no razones proporcionadas para establecer unas prescripciones que sólo las puede satisfacer un único o un reducido grupo de proveedores y el poder adjudicador no ha efectuado este esfuerzo.

(...)

(...) cabe afirmar que no se ha justificado en la tramitación del procedimiento de recurso el carácter no arbitrario de las prescripciones debatidas, por lo que se desconoce el objetivo que se pretende alcanzar con ellas; cuestión básica para realizar un juicio de idoneidad y proporcionalidad para concluir si nos hallamos ante una exigencia caprichosa o, por el contrario, necesaria. Por su parte, la existencia de un producto o conjunto reducido de productos que satisfagan las prescripciones



técnicas sin que medie dicha justificación viene a confirmar el carácter discriminatorio o desproporcionado de las prescripciones técnicas exigidas.

5.5.2. Función de las prescripciones técnicas

[Resolución 134/2018](#)

Como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2018), el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato. Además, las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo satisfaga. En definitiva, el poder adjudicador no puede obviar sus propias prescripciones técnicas y adjudicar el contrato a una oferta que las incumple.

[Resolución 175/2018](#)

Por lo que se refiere a las alegaciones de BAXTER sobre las irregularidades de las prescripciones técnicas, se observa lo siguiente:

La estipulación parte de un supuesto legalmente inaceptable pues, según el artículo 127.6 de la LCSP, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no pueden referirse a una marca o modelo exclusivo, con la excepción de que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del artículo 126.5 de la LCSP, en cuyo caso se acompañará la mención o equivalente. En lugar de satisfacer este precepto, el poder adjudicador ha optado por una cláusula genérica contraria al principio de transparencia (ver el artículo 1 de la LCSP y la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO) que no identifica las prescripciones afectadas (en realidad, ni siquiera queda claro si efectivamente existen



dichas prescripciones o si la estipulación es meramente preventiva o hipotética) y que, por lo tanto, carga sobre los potenciales licitadores la difícil tarea de determinar su extensión mediante una revisión de todo el PPT a la búsqueda de posibles especificaciones a las que aplicarla. Además, que la falta de ajuste exacto a estas prescripciones no implique la exclusión de la oferta es la consecuencia de que éstas deben tomarse como guía u orientación, lo que supone, *sensu contrario*, que hay un margen de tolerancia en el que es válido no ajustarse fielmente al PPT, margen cuyo alcance desconocen los operadores económicos y que queda en manos de las apreciaciones de Osakidetza. Todo ello es contrario al citado principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permite al poder adjudicador la exclusión o admisión arbitraria de las proposiciones; de hecho, se incumple el mismo objetivo de las prescripciones técnicas, que comprende, entre otras cosas, la descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, la fijación de los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario y la indicación del nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2018 del OARC / KEAO), por lo que es contrario a la LCSP que la licitación se rija por un PPT que no establece con precisión estos aspectos al dejar en manos del poder adjudicador su determinación.

(...)

BAXTER estima que se definen las características técnicas de los aparatos de forma demasiado específica, en lugar de utilizar una descripción basada en criterios funcionales o en límites o rangos aproximados, que hubiera abierto más la competencia. El artículo 126.5 de la LCSP establece varias maneras de expresar las prescripciones técnicas que puede emplear el órgano de contratación, siendo la posibilidad de formularlas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales tan solo una de ellas, sin que exista jerarquía que las ordene ni preferencia por ninguno de dichos métodos (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018, asunto C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865), por lo que no cabe que la recurrente reproche que Osakidetza haya optado por la descripción de las características individuales de los productos.



[Resolución 51/2021](#)

A este respecto, este OARC / KEAO (ver la Resolución 72/2018) ha manifestado que la exigencia de que las proposiciones sean conformes a las prescripciones de los documentos del contrato deriva del principio de igualdad de trato de los licitadores y tiene como fin el de garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores que no se cumpliría si se permitiera que pudieran apartarse, mediante reservas, de las prescripciones fundamentales del pliego, excepto cuando se establezca expresamente dicha facultad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 ECLI:EU:C:1993:257, apartados 37 y 40). Téngase en cuenta que el hecho de que no se respeten las prescripciones del contrato imposibilita la comparación efectiva de las ofertas presentadas, ya que elimina la base de referencia común. Por su parte, la circunstancia de que el poder adjudicador se aparte de los documentos de la licitación aceptando ofertas que no respondan al objeto del contrato tal y como ha sido definido en los documentos contractuales es irreconciliable con los principios de transparencia e igualdad de trato.

5.5.3. Facultad de decidir arbitrariamente sobre la equivalencia de las ofertas a los requerimientos técnicos mínimos

[Resolución 185/2019](#)

Independientemente de lo anterior, debe señalarse que se atribuye al equipo evaluador la facultad de decidir cuándo las proposiciones son o no equivalentes a las que satisfacen los requerimientos mínimos del PPT, lo que le dota de una facultad arbitraria (ver, por ejemplo, la Resolución 40/2019 del OARC / KEAO). Téngase en cuenta que, por ejemplo, el artículo 126.5 a) de la LCSP condiciona la posibilidad de formular las prescripciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales (esa parece ser la intención de la nota) a que los pliegos contengan parámetros lo bastante precisos como para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo; dichos parámetros no constan en el PPT, que no está concebido en general en esos términos sino que



opta por la descripción de las características técnicas y físicas requeridas a los productos.

5.5.4. Uso de términos no técnicos para describir las prescripciones

[Resolución 183/2019](#)

Para analizar la alegación de que los productos ofertados por MEDTRONIC no satisfacen el requisito de la “fijación avanzada”, debe partirse del hecho de que “Fijación avanzada”, más allá de su uso como nombre comercial, no es un término cuyo significado sea comúnmente conocido en el ámbito profesional, científico y técnico al que se refiere el objeto del contrato con un significado claro y unívoco; por el contrario, este término puede tener un alcance distinto según el caso, por ejemplo en razón de que cada fabricante o proveedor lo usa en un sentido diferente y no siempre coincidente, de modo que la misma denominación dé cobertura a soluciones técnicas diferentes aunque similares en su funcionalidad, que es evitar el movimiento indeseado del trocar durante su empleo (ver, “sensu contrario”, la Resolución 46/2018 del OARC / KEAO). En este sentido, no se ha acreditado por el recurrente que el citado término se refiera solo a los trocares con balón con exclusión de los que incorporan otros mecanismos de fijación, como las estrías. Consecuentemente, y a la vista de que con base en la escueta e imprecisa descripción del PPT sería desproporcionado excluir a cualquier proposición que, como la de MEDTRONIC, contara con una solución técnica que pudiera considerarse incluida en el amplio (por ambiguo) término “fijación avanzada”, el recurso debe desestimarse.

[Resolución 66/2022](#)

En lo que la cuestión terminológica se refiere, una de las acepciones del término transparencia que consta en el diccionario de la RAE es la de translúcido. Como bien conoce la recurrente, las acepciones son los distintos significados de una palabra según el contexto en que aparecen. En el presente caso, el término transparente debe ser analizado en el argot de los profesionales de la medicina y en el sentido técnico y específico que tiene en esta área profesional sanitaria. BRAUN es una licitadora que



trabaja en este sector de la sanidad, por lo que, no resulta aceptable que recurra a las definiciones parciales del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española con el único objetivo de construir su argumentación jurídica, apartándose de esta manera de la finalidad, por otro lado, ampliamente satisfecha de la prescripción del artículo en cuestión (visualizar la presencia de sangre en la cámara), y realizando con ello una interpretación sesgada de la prescripción técnica solicitada.

5.5.5. Diferencia con los criterios de adjudicación

[Resolución 176/2019](#)

Debe tenerse en cuenta que precisamente la diferencia entre las prescripciones técnicas y los criterios de adjudicación es que los primeros son los requerimientos mínimos que satisfacen el interés general que la prestación persigue y por debajo de los cuales el poder adjudicador no desea, consecuentemente, obligarse contractualmente, mientras que los criterios de adjudicación buscan la comparación entre ofertas que ya han superado dichos requerimientos para identificar la más ventajosa de todas las presentadas (ver las Resoluciones 156/2018, 122/2019 y 131/2019 del OARC / KEAO).

5.5.6. Profesiones tituladas (ingeniería y arquitectura)

[Resolución 109/2019](#)

Como ya ha indicado este OARC / KEAO con anterioridad (ver su Resolución 176/2018), el ejercicio de las profesiones tituladas está sometido a reserva de ley formal según el art. 36 de la Constitución Española. Ello implica que la reserva del ejercicio de una determinada actividad a una profesión debe efectuarse por medio de una norma con rango de ley y que, de no existir esta, el principio general es el del rechazo de la exclusividad debiendo la aplicación del principio de libertad con idoneidad.



En este sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la STS de 20 de febrero de 2012 ECLI: ES:TS:2012:892, Fundamento de Derecho séptimo) al afirmar que « (...)con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues, como se recoge en aquella sentencia, la jurisprudencia ha declarado con reiteración 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.»

La única disposición que cita el poder adjudicador como sustento de su argumento de que únicamente puede ser un arquitecto quien redacte y dirija la obra a proyectar es el Decreto 17/2005, de 25 de enero, por el que se califica como Bien Cultural, con la categoría de Conjunto Monumental, el Casco Histórico de Azkoitia (Gipuzkoa), que carece del requisito básico y necesario para establecer la reserva de actividad a favor de una titulación en concreto de ser una norma con rango formal de ley.

Consecuentemente, la determinación de la titulación o titulaciones a requerir para ser el responsable de la redacción del Proyecto y dirección de obra del contrato que nos ocupa habrá de efectuarse en atención a las características intrínsecas del proyecto de que se trate, teniendo en cuenta el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión, la de arquitecto, por un lado, por ser la solicitada en el PCT, y la de ingeniero de caminos, canales y puertos, por otra, cuya inclusión se solicita por el recurrente.

(...)

En resumen, lo solicitado es, tal y como afirma la recurrente, la redacción de un proyecto de urbanización; calificación del proyecto que, por otra parte, no ha sido puesto en duda por el poder adjudicador. A este respecto la jurisprudencia ha puesto de manifiesto el carácter multidisciplinar del urbanismo y la posibilidad de que distintos titulares de grado superior suscriban proyectos de urbanización (STS de Sentencia de 23 de marzo de 1.999, ECLI: ES:TS:1999:2021).

(...)



La razón que aporta el poder adjudicador para reservar la redacción del proyecto a una única titulación, la de arquitecto, es que el proyecto se ubica dentro del límite establecido por el Decreto 17/2005, por el que se califica el Casco Histórico de Azkoitia como Bien Cultural con la categoría de Conjunto Monumental, por lo que, a su juicio, los titulados en arquitectura son los que aúnan los conocimientos de contenido técnico y patrimonial necesarios para intervenir en dicho entorno urbano.

A juicio de este OARC/KEAO este argumento no puede prosperar por varias razones:

1) El régimen jurídico derivado de la calificación de Bien Cultural con la categoría de Conjunto Monumental no restringe a una única titulación las profesiones que pudieran realizar intervenciones urbanísticas en el conjunto protegido, lo cual es lógico y congruente habida cuenta de la múltiple naturaleza de las eventuales intervenciones que se pueden acometer en estos espacios, que pueden requerir de distintos conocimientos técnicos. El argumento del poder adjudicador, llevado al extremo, implicaría que, por ejemplo, las redacciones de los proyectos de intervención en los puentes de acceso al conjunto monumental únicamente pudieran suscribirlos arquitectos y no ingenieros de caminos, canales y puertos (ver, sentencia del TS de 20 de febrero de 2012 ECLI:ES:TS:2012:892).

2) La documentación contractual, esto es, el Estudio de alternativas y el PCT recurrido, no exige que el proyecto cumpla con algún requisito de tipo artístico o cultural, ni requiere que su redacción se deba sujetar al Decreto 17/2005. La única referencia que figura a esta norma es al objeto de justificar la restricción en exclusiva a la titulación de arquitecto la redacción del proyecto. En concreto, la selección de la oferta más ventajosa no incluye ningún criterio de adjudicación basado en características estéticas, de diseño o de integración en un entorno calificado como Conjunto Monumental, lo que es un indicador de que este aspecto no resulta especialmente relevante para el poder adjudicador.

3) La intervención en el Casco Histórico del municipio es una parte del proyecto a redactar (Fase 1), pero no afecta a la Fase 2 que, si bien es colindante con el Conjunto Monumental, carece de calificación alguna. Además, resulta relevante que el presupuesto estimado de ejecución de las obras de la Fase 2 (590.248,88 €), que no



se halla ubicado en el Conjunto Monumental, supera ampliamente el de la Fase 1 (367.195,04 €). Pero, incluso si se admitiera que en el conjunto histórico protegido los proyectos debieran ir firmados por un arquitecto, tampoco sería admisible una configuración del objeto contractual en el que se establece un monopolio a favor de una titulación basándose en argumentos que serían aplicables a poco más de una tercera parte del valor económico del contrato pudiendo ser el resto del objeto del contrato susceptible de licitación independiente (como lo serán las fases 3, 4 y 5 previstas en el Estudio de alternativas). Téngase en cuenta que este OARC/KEAO se ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 18/2015) en sentido contrario a una fórmula jurídica o elección de configuración del contrato que hagan injustificada o desproporcionadamente valiosa una característica que solo un posible licitador o grupo de licitadores ostenta.

4) Habida cuenta de que sólo una parte del proyecto a redactar se va a ejecutar en el Conjunto monumental y que el proyecto requiere del diseño y proyección de pasarelas, rampas, pasos de peatones, vados de peatones, pavimentos etc., no se puede negar la capacidad técnica real de los titulados en la ingeniería de caminos, canales y puentes para el ejercicio de la función de redactar el proyecto.

5) La supuesta falta de competencia de los ingenieros de caminos, canales y puertos en materias relacionadas con el arte o la historia alegada por el poder adjudicador, en el contrato que nos ocupa, podría ser completada por la especial formación que a estos efectos se le atribuye al arquitecto que, forzosamente, ha de integrarse en el equipo de trabajo según se establece en la cláusula 4 del PCT.

5.5.7. Discrecionalidad para la fijación de las prescripciones técnicas y mención “o equivalente”

[Resolución 78/2019](#)

En lo que respecta a la formulación de las especificaciones técnicas, resulta relevante señalar que, tal y como se expresa en la STJUE de 25 de octubre de 2018 (asunto C-413/17 ECLI:EU:C:2018:865, apartados 27, 28, 29 y 30), el artículo 42 de la Directiva



2014/24, a cuya transposición obedece el artículo 126 de la LCSP, (i) no establece una jerarquía entre los métodos para formular las especificaciones técnicas y no da preferencia a ninguno de esos métodos, (ii) que la normativa de la Unión relativa a las especificaciones técnicas otorga un amplio margen de apreciación al poder adjudicador para formular las especificaciones técnicas de un contrato y (iii) que este margen de apreciación está justificado por el hecho de que son los poderes adjudicadores quienes mejor conocen los suministros que necesitan y quienes mejor pueden determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados.

No obstante, el artículo 126 de la LCSP establece ciertos límites a la discrecionalidad que le asiste al poder adjudicador en la redacción de las especificaciones técnicas que, en todo caso, debe respetar. En concreto, exige que las especificaciones técnicas den a los operadores económicos igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación del contrato y que no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia (126.1 de la LCSP) y que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, no hagan referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos (artículo 126.6 de la LCSP). Este límite tiene una excepción, que es la de que tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 del artículo 126, en cuyo caso irá acompañada de la mención “o equivalente”.

En el contrato cuyos pliegos se impugnan se observa que tanto su objeto como las prescripciones técnicas que definen los servicios y suministros solicitados están redactados en referencia a una marca en concreto (IBM MÁXIMO), que es una solución informática concreta para la gestión de activos, de entre otras que existen en el mercado, ofrecida por un fabricante en concreto. Es más, la exigencia de una marca afecta a otras estipulaciones contractuales, como a los criterios de solvencia técnica o profesional que exigen que el licitador acredite experiencia en la realización de



servicios o trabajos sobre dicha plataforma informática o la disposición de un mínimo de plantilla de trabajadores con experiencia en la misma, o a los criterios de adjudicación, que plantean la comparación de ofertas de precios de licencias IBM MÁXIMO o de la experiencia en esta herramienta informática del equipo profesional ofertado. Consecuentemente, resulta indudable que las prescripciones técnicas, además de otras estipulaciones contractuales, han sido redactadas en referencia a una marca determinada contraviniendo lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LCSP. Además, el poder adjudicador no lo niega, es más, lo viene a confirmar al afirmar en el Informe de necesidad que consta en el expediente que solicitó a una consultora externa un análisis detallado de los requerimientos que debían ser cubiertos por la herramienta informática, así como una valoración inicial de productos de mercado que pudieran dar respuesta a las necesidades detectadas (último párrafo de la página 1). A juicio de este OARC/KEAO, en la práctica, este análisis ha resultado ser la selección de un producto de una marca en concreto. Esta actuación supone una restricción de forma arbitraria de la competencia, ya que potenciales licitadores que ofrecen soluciones equivalentes o análogas no podrán concurrir a la licitación mientras que, por el contrario, se favorece a determinados operadores económicos (aquellos que están en disposición de ofrecer la marca solicitada).

(...)

El artículo 126.6 de la LCSP dispone que es posible, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato con arreglo al apartado 5 de dicho artículo, hacer referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, siempre que lo justifique el objeto del contrato concretamente y que dicha referencia vaya acompañada de la mención o equivalente.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter de excepción que tiene esta disposición, las condiciones en las que el poder adjudicador puede hacer uso de esa posibilidad deben ser objeto de una interpretación estricta.

La necesidad de que las especificaciones técnicas sean lo más abiertas posibles encuentra su justificación en el considerando 74 de la Directiva 2014/24 al señalar



que, “Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado (...)”.

Téngase en cuenta que cuanto más detalladas son las especificaciones técnicas mayor es el riesgo de que los productos de un determinado fabricante se vean favorecidos (en este sentido, el apartado 37 de la STJUE de 25 de octubre de 2018 anteriormente citada), de lo que se desprende que el principio general consiste en formular en términos abiertos las especificaciones técnicas.

Consecuentemente, la posibilidad excepcional de la mención singular de una marca, de una patente o de figuras similares (siempre con el añadido o equivalente) en las prescripciones técnicas se debe basar en la existencia de razones para efectuar una descripción de éstas de forma detallada o, dicho de otra manera, que la definición de la prescripción requiera de la mención expresa de la marca, patente o figura similar pero, en ningún caso, se puede considerar que el mero hecho de adicionar a una marca concreta la locución o equivalente, sin justificación, es una manera de formular las especificaciones técnicas equiparable a las detalladas en el artículo 126.5 de la LCSP.

En el contrato que nos ocupa, este OARC/KEAO no aprecia la concurrencia de obstáculo alguno que impida una descripción del objeto del contrato conforme a alguna de las reglas establecidas en el artículo 126.5 de la LCSP, las cuales otorgan al poder adjudicador un importante margen de discrecionalidad al redactar las prescripciones o especificaciones técnicas para, desde un punto de vista funcional u otros, afrontar los objetivos del contrato, y, ni en el expediente, ni en la documentación contractual, ni en el informe del poder adjudicador consta referencia alguna a la excepcionalidad que pudiera justificar la elaboración de unas prescripciones o especificaciones técnicas referidas a una marca en concreto que, además, han ocasionado que otras estipulaciones esenciales del contrato, como la fijación de requisitos de solvencia técnica o profesional y criterios de adjudicación, reduzcan injustificadamente el círculo de licitadores potenciales a quienes se hallen



relacionados con dicha marca. Por el contrario, el Informe de necesidad se limita a manifestar que se solicitó a una consultora externa el análisis detallado de los requerimientos, así como una valoración inicial de productos de mercado y expresar que la solución seleccionada es IPM MÁXIMO, lo cual únicamente confirma que existen soluciones equivalentes en el mercado y, por consiguiente, que el poder adjudicador se ha apartado, sin justificación, de la regla general de establecimiento de las prescripciones técnicas del artículo 126 de la LCSP.

[Resolución 47/2020](#)

- 1) En síntesis, el artículo 126.6 de la LCSP prohíbe con carácter general que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas se refieran a una marca determinada, si bien se autoriza excepcionalmente tal referencia siempre que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del artículo 126.5 de la LCSP, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».
- 2) Según el informe del poder adjudicador en contestación al recurso, “el equipamiento objeto del contrato (...) responde a componentes extremadamente complejos en los que hay que verificar más de 1.000 parámetros técnicos para saber si se ajustan o son compatibles con el resto de sistemas con los que interaccionan en el proceso de producción”, de tal modo que acudir a uno de los sistemas del artículo 126.5 de la LCSP “hubiera puesto en riesgo el que algún parámetro técnico no fuera el requerido al no haber quedado concretado (recordamos, más de 1.000) y que, por tanto, no fuera adecuado o suficiente.” A juicio de este Órgano, esta argumentación no acredita que se dé en este caso la imposibilidad de descripción a la que alude el artículo 126.6 de la LCSP. El objeto del contrato es una prestación contractual tecnológicamente muy complicada y, consecuentemente, las prescripciones técnicas que deben exigirse a las ofertas como umbral mínimo para satisfacer las necesidades del poder adjudicador deben ser también de un gran nivel de complejidad y detalle. Sin embargo, ello solo implica que la elaboración del pliego que recoja dichas prescripciones será una tarea más difícil o prolija de lo que sería confeccionar el PPT de un contrato de objeto más sencillo, pero no que no puedan utilizarse las maneras de formular los requerimientos técnicos establecidos en el artículo 126.5 de la LCSP, ni mucho menos que solo pueda acudirse a la referencia a una marca.



3) Parece que el poder adjudicador busca evitar el riesgo de que, en el complicado trabajo de elaboración del PPT según los parámetros del artículo 126.5 de la LCSP, se descuide u omita algún requisito mediante el recurso de acudir a una marca y modelo que, al parecer, sí satisface íntegramente todos los requerimientos técnicos imprescindibles. Sin embargo, esta opción impide a los operadores económicos presentar una oferta que también los satisfaga, sencillamente porque los desconocen. En este sentido, no puede pretenderse que los licitadores que ofrezcan productos de una marca que no sea SHURE, con la simple mención «o equivalente», o con la aún más equívoca, «o superior», puedan saber cuáles son los requisitos técnicos (más de 1.000, según ETB) que deben satisfacerse. Debe tenerse en cuenta que dichos licitadores son los que tienen la carga de probar la equivalencia con los citados requisitos y que lo han de hacer precisamente al presentar sus proposiciones (ver, en este sentido, la STJUE de 12 de julio de 2018, C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568), lo que en este caso se antoja imposible pues, aunque ETB parece conocerlos, no los expresa. Consecuentemente, la ruptura de los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia en favor de quienes comercialicen productos de la marca mencionada es evidente. Todo ello conduce a entender que la previsión excepcional del artículo 126.6 de la LCSP no puede aplicarse a un supuesto como el analizado, por muy prolijas que sean las especificaciones técnicas, rendimientos o exigencias funcionales necesarias.

5.5.8. Arraigo territorial

[Resolución 27/2019](#)

Considera la recurrente que la exigencia de que el centro sanitario se encuentre ubicado en Bizkaia es una cláusula de territorialidad ilegal. Por el contrario, el poder adjudicador piensa que, en el presente caso, el arraigo territorial está vinculado al objeto del contrato y su exigencia es proporcional al mismo.

Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25)



estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta 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 responde a un interés general, como es la asistencia sanitaria y, en concreto, la prestación de unas terapias esenciales para la salud de pacientes especialmente vulnerables de las Organizaciones Sanitarias Integradas de Bizkaia para que sean realizadas en condiciones semejantes a los tratamientos dispensados en los centros del poder adjudicador. Este OARC/KEAO entiende que la medida adoptada es adecuada a la finalidad que persigue, el que las condiciones de acceso al servicio prestado mediante el contrato sean similares a las prestadas en la propia red pública, ya que se consigue que las condiciones de acceso al servicio sean equivalentes en cuanto a cercanía de los centros a los domicilios de los pacientes, tiempos de llegada a los centros, posibilidad de utilización del transporte público, eficiencia en la utilización del transporte sanitario programado, en suma, que las personas enfermas que van a recibir dichas prestaciones sanitarias no se vean obligadas a realizar largos desplazamientos de ida y vuelta que pudieran penalizar su salud. De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito se deba cumplir imperativamente, no en un concreto término municipal, sino en cualquiera de los 112 que componen el Territorio Histórico de Bizkaia ya que, como se ha manifestado anteriormente, la ubicación del centro asistencial es sumamente relevante para la realización del objeto de contrato, sin que dicha exigencia pueda calificarse como arbitraria o injustificada, dado que se encuentra motivada e incardinada en la necesidad que el contrato quiere satisfacer.



En primer lugar, debe señalarse que la cláusula impugnada puede dificultar en gran medida o hacer menos atractiva la presentación de una oferta a cualquier operador económico que no disponga ya del punto de suministro al que se refiere (que podrían llegar a tener que radicarse en la zona exigida para atender a un único cliente), al mismo tiempo que favorece a las empresas ya arraigadas en el entorno geográfico del poder adjudicador. Debe tenerse en cuenta que el lugar exacto en el que radique el correspondiente local debe señalarse ya en la proposición (lo que obliga al licitador que no dispone ya de él, al menos, a formalizar algún tipo de compromiso con un tercero para adquirir su propiedad o uso en el caso de resultar adjudicatario), que debe albergar un stock mínimo importante (por lo que debe tratarse de un local de ciertas características y tamaño y de una inversión inicial significativa en suministros con posibilidades inciertas de venta) y que debe estar en funcionamiento en horario comercial (lo que puede implicar un coste adicional de personal). Para valorar la conformidad de una medida perjudicial para la libre prestación de servicios como la analizada con los principios generales de la contratación pública (igualdad de trato y no discriminación, libre competencia y libre acceso, especialmente), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ver, por ejemplo, la sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 25, así como, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 58/2018 del OARC / KEAO) ha establecido que tal medida solo es admisible si se aplica de manera no discriminatoria, si está justificada por razones imperiosas de interés general, si es adecuada 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:

- 1) 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 nacionalidad o su domicilio social.
- 2) 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 que su exigencia minimiza costes de tiempo y de combustible, así como una mayor rapidez en la recogida de los materiales en caso de urgencia. A juicio de este OARC / KEAO, este argumento no es aceptable. El objeto del contrato consiste



en el suministro de material eléctrico para la Brigada Municipal de Obras del Ayuntamiento, y debe entenderse que la mayor parte del mismo se entregará de forma habitual en la sede de la Brigada (c/ Kareaga Goiokoa, 88) tal y como establecen los pliegos y como se deduce de la propia naturaleza de las prestaciones demandadas, que son, en su gran mayoría, perfectamente previsibles y programables, por lo que la rapidez en la prestación de los servicios ante eventuales urgencias o averías no es un requerimiento de interés necesario para la correcta ejecución del contrato.

- 3) En todo caso, desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, ni siquiera para las entregas que pudieran considerarse urgentes (esporádicas dentro del contrato) está justificada la necesidad de un punto de suministro como el recogido en los pliegos (obligación permanente y gravosa del contratista). Este requisito va claramente más allá de lo necesario para alcanzar el fin que supuestamente lo justifica, y puede ser sustituido por medidas menos lesivas para la concurrencia, como el compromiso de transportar los productos a los locales del poder adjudicador o a otro lugar de Basauri (que es el sistema generalmente previsto en el propio contrato) o el almacenamiento del stock en los locales del poder adjudicador.

Consecuentemente, el motivo del recurso debe estimarse

[Resolución 148/2021](#)

Considera la recurrente que el criterio de adjudicación por el que se valorará la realización de una evaluación del impacto de género conforme a la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres aprobada por el Parlamento Vasco implica una condición de arraigo territorial contraria a los principios rectores de la contratación pública. Este OARC/KEAO no comparte la interpretación del Colegio recurrente, pues no advierte qué ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas por este concreto criterio puede obtener un licitador cuyo origen o domicilio social radique en el País Vasco respecto de otros que no residan en este territorio, ya que todos deberán aplicar la misma normativa. En este sentido, el hecho de que la evaluación del impacto de género haya de realizarse conforme a una Ley Vasca (cuestión que, además, ni



siquiera depende de una decisión del órgano de contratación), cuyo ámbito de aplicación comprende al poder adjudicador, no puede entenderse como un indicio de arraigo territorial ilegítimo o discriminatorio, sino como el cumplimiento estricto de la normativa aplicable (al igual que, por ejemplo, a la hora de elaborar el PGOU habrá de estarse a la Ley 2/2006 del Parlamento Vasco, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo). Por ello, el motivo impugnatorio debe ser desestimado.

5.5.9. Prescripciones técnicas más exigentes que los requisitos mínimos legales

[Resolución 49/2020](#)

Debe señalarse que, una cosa es que el marco normativo en vigor no exija este test de eficacia para el VPH y sí para otro tipo de virus, y otra la exigencia por parte del poder adjudicador de unas características adicionales, un plus, sobre las características mínimas legales que ninguna norma impide exigir, siempre que se trate de requisitos formulados de modo que puedan ser cumplidos por todos los potenciales licitadores y que están vinculados a las finalidades del contrato (ver la Resolución 29/2020 del OARC / KEAO), como la seguridad en la desinfección de las sondas ecográficas, por lo que el requisito exigido no puede considerarse arbitrario o caprichoso. Por ello, esta primera parte de la alegación debe desestimarse.

[Resolución 215/2021](#)

Si bien es cierto que no hay una prohibición de que las prescripciones técnicas sean más exigentes que los mínimos legalmente exigibles al desempeño de la prestación contratada, no es menos cierto que dicha exigencia debe ser, entre otras cosas, proporcionada (ver, por ejemplo, la Resolución 49/2020 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28/5/2021, nº 21/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1446). En este sentido, debe insistirse en que la afectación al libre acceso al contrato que producen las limitaciones de dimensiones es muy intensa. Por el contrario, como se verá, el poder adjudicador no ha acreditado suficientemente que, paralelamente, hayan generado un valor añadido significativo para la prestación, lo que supone la desproporción de las medidas.



5.5.10. Diferencia con los requisitos legales aplicables a la actividad contratada

[Resolución 120/2020](#)

En relación con este motivo de impugnación, debe señalarse que el apartado 3.2.2.6 del PPT, que el recurrente alega, no exige a las proposiciones la acreditación de un cumplimiento exhaustivo de todo el contenido de la Ley de Accesibilidad de la CAE, sino que se refiere única y exclusivamente a “la ubicación de los expendedores” que, según el mismo apartado, debe incluirse en el proyecto técnico. En este sentido, debe distinguirse entre los requisitos que los pliegos exigen a las ofertas (cuya infracción, en su caso, puede suponer la exclusión de la proposición) de los requisitos legales aplicables a la actividad contratada pero que no figuran en dichos pliegos, por lo que no pueden condicionar la admisión de las proposiciones, sin perjuicio de que sean exigibles al contratista para la correcta ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2014 del OARC / KEAO, confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28/7/2015, nº 377/2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:2409).

5.5.11. No hay un plazo o momento preclusivo para apreciar su incumplimiento

[Resolución 62/2021](#)

(...) Por otro lado, la LCSP no establece un momento procesal preclusivo concreto para apreciar la incompatibilidad de la oferta con las citadas prescripciones, siendo lógico que dicha incompatibilidad se aprecie precisamente en el mismo trámite en el que se analizan las ofertas técnicas para evaluar los criterios de adjudicación, primer momento en el que se analizan dichas ofertas y se comprueba su contenido y alcance.



5.5.12. Cláusula que no puede considerarse una prescripción técnica por su carácter genérico

[Resolución 126/2021](#)

En el caso analizado, el PPT es claro en señalar que quien tiene que instalar los expendedores de títulos habilitantes (cláusula 7.1.9) es el contratista (textualmente, empresa adjudicataria); es importante remarcar que la cláusula, además de señalar que la ubicación (y no otros aspectos de la proposición) cumplirá con lo dispuesto en la Ley de Promoción de la Accesibilidad, menciona escuetamente que el parquímetro deberá ser adecuado para su uso por personas de movilidad reducida, lo cual no puede considerarse una especificación técnica de conformidad con lo establecido en los artículos 125 y 126 de la LCSP por su propio carácter genérico, y mucho menos una remisión íntegra a toda la legislación aplicable a la prestación contractual (...)

5.5.13. Prescripciones técnicas “aproximadas”

[Resolución 176/2021](#)

La recurrente alega que la oferta de AUTO TRADE incumple la prescripción establecida en el PPT relativa a las dimensiones de los paneles fotovoltaicos a suministrar. No obstante, este OARC / KEAO no advierte dicho incumplimiento por las siguientes razones:

- 1) El hecho de que el EVE haya establecido unas dimensiones orientativas (debe entenderse que con la expresión “se requerirá cierto grado de flexibilidad en los tamaños...” se está queriendo dar a entender que se admitirán medidas aproximadas) impide, por un lado, que se puedan admitir paneles de cualquier medida, pero permite, por el otro, el suministro de aquéllos que no poseen las medidas de referencia, pero se aproximan a ellas. Así ocurre en la presente licitación, en la que ninguno de los 5 licitadores ha presentado un panel con las medidas exactas fijadas en el PPT: las dimensiones tendrán que situarse sobre los 1.000 y 1.700 mm de ancho y largo, y, sin embargo, nadie ha sido excluido por



esta circunstancia, por lo que no puede concluirse que se haya vulnerado el principio de igualdad como invoca la recurrente.

- 2) En las bases de la licitación no se ha establecido un margen de desviación tolerable, ni parece haber sido esta la intención del poder adjudicador a la vista de la configuración del expediente. En todo caso, el recurrente no ha acreditado razón técnica alguna que justifique que las concretas medidas propuestas por el adjudicatario exceden de la flexibilidad permitida por los pliegos, de modo que el producto no pueda cumplir satisfactoriamente con el objeto y la finalidad del contrato y la oferta deba ser excluida; por el contrario, tan solo pretende sustituir el juicio del órgano de contratación por el suyo propio, necesariamente parcial e interesado, a la hora de determinar qué dimensiones de los paneles se ajustan a los pliegos y cuáles no, lo que no es aceptable.
- 3) Finalmente, debe recordarse que este Órgano ha señalado que una decisión tan grave como la exclusión de una proposición debe fundarse en una causa clara y atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad y transparencia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 67/2014 y 183/2019 del OARC / KEAO), lo que no puede decirse que suceda en este caso, en el que el recurrente pretende excluir la oferta del adjudicatario aplicando en su perjuicio una prescripción redactada por el órgano de contratación en términos deliberadamente imprecisos.

5.5.14. Prescripción descrita en términos de rendimientos funcionales

[Resolución 85/2022](#)

La alegante reconoce que su producto no tiene señal indicadora ni monitorización, tal y como lo exigen por los pliegos, pero trata de relativizar dicho incumplimiento porque el artículo ofertado sí cumpliría con la finalidad de las prescripciones. Esta alegación no puede aceptarse, pues no se trata de una prescripción definida en términos de rendimientos o exigencias funcionales que permita su cumplimiento mediante la



aportación de cualquier solución técnica que la satisfaga, como se pretende (ver el artículo 126.5 a) de la LCSP). En este sentido, este Órgano tiene indicado en su Resolución 23/2020 (confirmada por la Sentencia número 30/2022 del TSJPV, ECLI:ES:TSJPV:2022:69) que cuando la prescripción incumplida ha sido redactada de una manera específica y concreta difícilmente se puede hablar de un cumplimiento por equivalencia. En cualquier caso, la prescripción incumplida no viene acompañada de la mención «o equivalente», por lo que no puede ser de aplicación al supuesto que nos ocupa.

[Resolución 213/2023](#)

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las características excluyentes y relativas a los lotes impugnados se encuentran redactadas en términos de exigencias funcionales (adaptables, material compatible, imposibilidad de pinchazo, etc.) junto con la descripción de los usos a los que se van a destinar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 126.5 LCSP. Por ello, no se puede estimar el motivo impugnatorio relativo a que el adaptador de jeringa del sub lote 2.2 ofertado por GRIFOLS incumpla la prescripción excluyente relativa a Ausencia de agujas; imposibilidad de pinchazos, por cuanto que dicho dispositivo impide, en todo caso, el pinchazo accidental al encontrarse la aguja sellada, no ser visible ni accesible por una membrana elastomérica diseñada, precisamente, para impedir el acceso a la aguja, es decir, cumple adecuada y suficientemente la funcionalidad que la prescripción le requiere.

5.5.15 Prescripciones técnicas en el ámbito sanitario

[Resolución 089/2024](#)

En relación con el establecimiento de prescripciones técnicas, el artículo 126.1 de la LCSP establece que las prescripciones a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública 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 (ver, por todas, la Resolución 87/2018 del OARC / KEAO). La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por una o varias empresas determinadas, dificultando el acceso al contrato de los demás operadores, y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida 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. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato. Asimismo, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la concurrencia (ver en este sentido las Resoluciones del OARC / KEAO 116/2014, 7/2016, 111/2017 y 70/2018, así como la sentencia del TSJPV número 217/2021, de 28 de mayo de 2021). Dicho lo anterior, procede señalar que, conforme a la jurisprudencia del TJUE (ver, por todas, la sentencia de 25 de octubre de 2018, asunto C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865, apartado 42, y la jurisprudencia anterior en ella citada), el principio de proporcionalidad se aplica de forma particular en el sensible ámbito sanitario, pues la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, correspondiendo a los Estados miembros decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel.

5.5.16 Prescripciones técnicas muy detalladas pero suficientemente justificadas

[Resolución 089/2024](#)

En términos generales nos hallamos ante unas prescripciones técnicas muy minuciosas, como cabe esperar de un objeto contractual de gran nivel tecnológico en el que está implicada la protección de la salud. Como ha indicado este Órgano anteriormente, cuanto más detalladas son las especificaciones técnicas, mayor es el riesgo de que los productos de un determinado fabricante se vean favorecidos (ver, en este sentido la Resolución 078/2019 y jurisprudencia en



ella citada). No obstante, el OARC / KEAO entiende que, en este caso, hay razones que justifican las prescripciones impugnadas, por lo que el recurso debe desestimarse en este punto:

- 1) En primer lugar, el poder adjudicador desmiente que algunas de las prescripciones impugnadas solo puedan ser cumplidas por un único proveedor, como afirma MEDTRONIC (de hecho, en algunos casos Osakidetza afirma que incluso los equipos comercializados por la recurrente satisfacen la prescripción impugnada). Este es el caso, en el lote 1, del coeficiente de cribado y de las superficies de los dializadores.
- 2) La respuesta del poder adjudicador da una explicación convincente de la necesidad y funcionalidad de las prescripciones, ampliamente apoyada en la literatura médica y en los criterios de la comunidad profesional de la nefrología. Por ello, debe entenderse que se han respetado los límites de la discrecionalidad técnica para fijar las prescripciones del modo más adecuado para la satisfacción de la finalidad del contrato, especialmente teniendo en cuenta la especial deferencia con el poder adjudicador que, a este respecto, se da en el ámbito sanitario (...).

5.5.17 Relación de las prescripciones técnicas con el objeto del contrato

[Resolución 089/2024](#)

El recurrente alega que en los lotes 1, 2 y 5 se exige la cesión de algunos equipos técnicos que no tienen relación con el objeto del contrato. Este Órgano entiende que este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) De acuerdo con el apartado I del PPT, titulado precisamente “Objeto del expediente”, dicho objeto incluye, entre otras prestaciones, la puesta a disposición y sin cargo, durante la vigencia del contrato, del equipamiento necesario fijado en los pliegos. Desde un punto de vista puramente formal, esta mención ya es suficiente para rechazar la falta de relación de los equipos con el objeto del contrato tal y como expresamente lo describen los pliegos. Además, y lo que es más importante desde una perspectiva material o sustantiva, difícilmente puede entenderse que las cesiones impugnadas no forman parte del objeto del contrato cuando figuran en el PPT, que por definición es el documento en el que se recogen el objeto del contrato, los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario y las necesidades que se pretenden satisfacer (ver,



por todas, la Resolución 134/2018 del OARC / KEAO). En este sentido, es significativo que MEDTRONIC sustente su impugnación en resoluciones o jurisprudencia que aluden a la exigencia de que los criterios de adjudicación estén vinculados con el objeto del contrato (artículo 145 LCSP, apartados 5 a) y 6). Estos supuestos son del todo distintos al ahora analizado, pues en ellos es procedente contrastar el objeto del contrato con dichos criterios, mientras que el recurso requiere que se consideren no relacionadas con el objeto del contrato prescripciones que son parte del mismo.

2) A la vista de lo expresado en el apartado 1) anterior, no cabría acceder, en principio, a la petición del recurrente. No obstante, no es menos cierto que las prescripciones impugnadas podrían suponer una exigencia arbitraria o desproporcionada limitativa del acceso a la licitación, en especial, porque fueran superfluas o innecesarias o porque supusieran una agrupación de prestaciones caprichosa y no justificada por razones técnicas o por ser innecesaria para conseguir la funcionalidad buscada con el contrato (ver, por analogía, el artículo 34.2 LCSP). Sin embargo, este Órgano entiende que estas circunstancias no se dan en este caso:

- Por lo que se refiere al lote 1, el propio recurrente admite que al poder adjudicador le puede ser útil la adquisición de las tablets para la elaboración de informes y la revisión de prescripciones médicas, siendo irrelevante a los efectos del recurso que este material no tenga relación con el proceso de diálisis “stricto sensu”, pues sí lo tiene con la funcionalidad del contrato, por lo que no puede calificarse de caprichoso o arbitrario. Respecto a la báscula, el poder adjudicador acredita su relación con el mismo proceso de hemodiálisis.
- En cuanto al lote 2, MEDTRONIC estima que la petición de un ecógrafo y una Tablet no están justificadas por ninguna razón médica (salvo en el caso de punción de acceso vascular). Sin embargo, el poder adjudicador ha aportado en su informe de respuesta al recurso los argumentos técnicos que motivan esta prescripción, en particular su relación con la funcionalidad del contrato y con la vigilancia del acceso vascular (como reconoce el propio recurrente), por lo que su establecimiento está amparado por la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación para configurar el objeto contractual (ver, por todas, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO).
- Análogo comentario puede formularse sobre los motivos de impugnación, en el lote 5, de la exigencia de una nevera y de material para el fomento de la actividad



física, debidamente justificados por el informe de respuesta al recurso en su concreta vinculación a la finalidad del contrato.

- 3) Finalmente, debe añadirse que MEDTRONIC no alega ni justifica (ni este Órgano lo observa) que las prescripciones impugnadas le supongan imposibilidad o dificultad de acceso al contrato o al procedimiento de adjudicación.

(...)

El recurrente alega que el “Plan de formación continuada del personal sanitario” (apartado IV D 7 c) del PPT) es una prescripción indeterminada y que no tiene relación con el objeto del contrato. MEDTRONIC considera que el ámbito de la prescripción se extiende a un ámbito extenso, dado que en la nefrología es una disciplina en la que existen muchas ramas ajenas al objeto del contrato, que es la hemodiálisis. Por ello, la exigencia de que la adjudicataria “mantenga al Servicio de Nefrología a la vanguardia del conocimiento” es tan amplia que no puede comprenderse el alcance de la cláusula. Al reproche de que la prescripción impugnada no está vinculada con el objeto del contrato cabe oponer las mismas objeciones expuestas en el apartado c) anterior; de hecho, el recurrente también cita en este caso doctrina legal y jurisprudencia relativas a la falta de relación entre un criterio de adjudicación y el objeto del contrato. Esta argumentación es especialmente confusa teniendo en cuenta que el “Plan de formación continuada del personal” es también uno de los criterios de adjudicación del contrato previstos en los pliegos y, sin embargo, no ha sido expresamente impugnado, como sí lo ha sido la cláusula en la que dicho Plan figura como prescripción técnica (aunque se presente como parte necesaria de la “configuración de la oferta”). No obstante, en este caso, concurren circunstancias diferentes, también alegadas por la recurrente, que implican la estimación del motivo de impugnación:

- 1) En primer lugar, el objetivo del Plan es “mantener al servicio de nefrología en la vanguardia del conocimiento y de la asistencia nefrológica”, lo que es del todo insuficiente para determinar con una mínima objetividad el nivel de rendimiento que se desea obtener de la prescripción y cómo se mide su cumplimiento. Por otro lado, tampoco hay ninguna indicación ni concreción de cuáles podrían ser las actuaciones susceptibles de integrar el Plan (publicaciones, clases magistrales, seminarios, asistencia a congresos, prácticas, etc.). En este sentido, es llamativo que el “Plan de formación



continuada del personal” figure también como criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor (cláusula específica del contrato del PCAP 22.2.1) PCAP) y su descripción se limite a esas seis palabras sin añadir tampoco ninguna especificación. La prescripción se describe en términos tan genéricos que es difícil que un operador económico razonablemente diligente interesado en el contrato sea capaz de hacerse una idea clara del alcance del compromiso que adquiriría en el caso de resultar adjudicatario, ni de su coste o complejidad. Todo ello obstaculiza la elaboración y presentación de una oferta y su valoración como adecuada o no a los pliegos por el poder adjudicador, así como, en su caso, la verificación de la correcta ejecución del contrato.

- 2) A juicio de este Órgano, lo expuesto en el apartado 1) anterior supone que se ha infringido el principio de transparencia (artículo 1.1 LCSP) que establece, en síntesis, que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que 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 todos los licitadores 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 las condiciones aplicables al contrato de que se trate (ver, por todas, las Resoluciones 68 y 163/2018 del OARC / KEAO).
- 3) Aunque, como ya se ha señalado, no se impugna el criterio de adjudicación “Plan de formación continuada del personal sanitario”, la anulación del apartado IVI D 7 del PPT conlleva también la de dicho criterio. El motivo es que la citada anulación implica la pérdida de su objeto, ya que el Plan que se pretende evaluar deja de ser parte del contenido de la oferta y de las obligaciones contractuales.

5.5.18 Clausulas lingüísticas

[Resolución 157/2024](#)

La recurrente estima que la cláusula 3 del PPT establece una preferencia ilegal del euskera sobre el español que no se ajusta a derecho. La citada cláusula dice lo siguiente: Euskera: En las relaciones verbales entre EUDEL y la empresa adjudicataria se empleará normalmente el euskera. La relación de la empresa con Eudel en relación con los estudios, informes,



proyectos u otros trabajos que constituyan el objeto del contrato se realizarán en ambas lenguas oficiales, incluidos los interfaces textuales y sonoros de los diferentes softwares. En aquellos contratos que incluyan la prestación de servicios o relaciones con terceros o personal de los ayuntamientos en general, la lengua utilizada en la comunicación, tanto oral como escrita, entre la empresa encargada de la ejecución y los usuarios o personas con las que haya de relacionarse en ejecución del contrato será aquella que elija el usuario o tercero, en cada caso. Para ello la empresa adjudicataria deberá acreditar que el personal de atención directa tiene titulación de C1 o equivalente. En caso de que este personal fuera sustituido o se ausentase en algún momento del contrato, deberá el nuevo personal acreditar la titulación requerida en este apartado. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Sobre esta materia, y siguiendo con la doctrina de este Órgano (ver, por ejemplo, la Resolución 131/2023), se debe comenzar señalando que de la STS (sección 4.ª) de 14 de febrero de 2017, ECLI: ES:TS:2017:512, relativa a una ordenanza municipal de la que se deduce un mandato para implantar ciertas medidas de normalización lingüística para la contratación de servicios, se pueden extraer en lo que a la resolución del recurso atañe las siguientes consideraciones: (i) si el Ayuntamiento está apoderado desde la normativa autonómica para adoptar medidas de normalización y debe adoptarlas en relación a la forma de prestación de servicios, si éstos se prestasen directamente su regulación afectaría al régimen de empleo público, pero si la gestión es indirecta, afectará a las exigencias para lograr la adjudicación del contrato, (ii) los derechos y deberes lingüísticos en el acceso a la función pública destinada a desempeñar la gestión directa administrativa se considera aplicable por analogía al caso de la gestión indirecta por contrato y (iii) con independencia de la opción por la gestión directa o indirecta, la capacitación lingüística del personal que ejecuta materialmente un servicio público debe estar sometida al mismo régimen jurídico, como necesario correlato de los derechos de opción lingüística de los ciudadanos-usuarios de los servicios públicos, y sin que quepa despojar de garantías lingüísticas a los ciudadanos por el hecho de externalizar contractualmente la prestación de un servicio.
- 2) Basándose en la sentencia del TS al que se refiere el apartado 1) anterior este órgano ya ha manifestado en sus Resoluciones 179/2018 y 131/2023 que (...) las empresas contratistas, al contrario de que sucede con las licitadoras, no tienen el mismo derecho que tienen los ciudadanos a escoger libremente la lengua de su elección en la prestación del servicio o suministro que se les ha encomendado cuando en su ejecución se tengan que relacionar con el poder adjudicador que ha adoptado medidas de uso del euskera en su funcionamiento “ad intra” o cuando existan obligaciones de respeto del derecho de opción de



los usuarios, y estas sean proporcionales. Debemos añadir, como señala el informe 1/2016, de 29 de febrero de 2016 de la Comisión permanente de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa de Euskadi, que la relación entre el personal de la contrata encargado de la ejecución del contrato y la Administración contratante no es una relación de sujeción general, ni dicho personal actúa en ejercicio de los derechos que corresponden al ciudadano como tal, sino en el marco de una relación contractual de sujeción especial regida por las especiales normas y pactos establecidos por ambas partes para dicha relación, siempre que se respete lo establecido en la LCSP.

- 3) No obstante, el TSJPV ha anulado en su Sentencia número 000066/2023, de 17 de febrero, una cláusula que es sustancialmente idéntica en lo concerniente a una de las obligaciones que contiene la cláusula ahora impugnada, lo que obliga a estimar la pretensión del recurso en lo que a ella se refiere, esto es, la parte de la cláusula que especifica que En las relaciones verbales entre EUDEL y la empresa adjudicataria se empleará normalmente el euskera. Los efectos de esta estimación parcial serán analizados en el apartado c) del Fundamento jurídico octavo de esta Resolución.
- 4) En lo que respecta al resto de obligaciones de carácter lingüístico que contiene la cláusula 3 del PPT impugnada, este Órgano considera que:
 - 4.1) En contra de lo alegado por el recurrente, no es cierto que exista preferencia alguna en las comunicaciones escritas, pues la cláusula impugnada expresamente señala que, en relación con los estudios, informes, proyectos u otros trabajos que constituyan el objeto del contrato se realizarán en ambas lenguas oficiales.
 - 4.2) La obligación de prestar el servicio en la lengua que elija el personal de los ayuntamientos o terceros, que serán los usuarios del servicio contratado, tampoco supone la imposición de una de las dos lenguas oficiales sobre la otra y su exigencia debe partir de su ajuste a los clásicos requisitos que debe cumplir cualquier medida que pueda impedir o hacer menos atractiva la presentación de una oferta en el procedimiento de adjudicación (como pueden ser, por ejemplo, la exigencia de determinada solvencia, el cumplimiento de las prescripciones mínimas o las propias condiciones de ejecución). Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión



Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la obligación impugnada se observa que ésta es, en principio, no discriminatoria, ya que se exige para todos los licitadores y todos ellos pueden satisfacerla. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es la correcta prestación del objeto del contrato que está ligado al cumplimiento y realización de los fines institucionales de la Asociación de Municipios Vascos-EUDEL (artículo 28 de la LCSP) y a garantizar el ejercicio del derecho que disponen los usuarios del servicio, en este caso empleados públicos, en tanto que ciudadanos, de poder optar por cualquiera de las dos lenguas oficiales como lengua habitual de trabajo en relación con otros empleados públicos o quien presta un servicio en nombre del poder adjudicador, sin que el desconocimiento de una de las dos lenguas por parte de ésta impida que puedan ejercitar su derecho. Además, no puede considerarse que el requisito sea desproporcionado porque no se exige como requisito de admisión de la oferta ni como criterio de adjudicación, sino que se requiere únicamente al contratista, que solo estará obligado a dotarse de los medios adecuados una vez que empiece a ejecutar la prestación. De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito de solvencia se requiera únicamente a una persona de todo el equipo que deba ejecutar la prestación, y que dicha persona sea precisamente la que se tiene que relacionar con los demandantes del servicio. Finalmente, no se aprecia que la medida vaya más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo, pues no se requiere la titulación equiparable al máximo grado de competencia lingüística contemplada en la normativa, sino el mínimo exigible para que pueda ejecutarse adecuadamente la prestación. Finalmente, no debe olvidarse que el objeto del servicio a prestar es el de la traducción e interpretación telefónica de un mínimo de 50 idiomas y que los servicios que ofrecen en el mercado los potenciales licitadores, entre los que se encuentra el recurrente, son los de prestar dichos servicios en un gran número de idiomas, por lo que la satisfacción de esta obligación no es algo extraño a su actividad ordinaria.



- 5) En definitiva, al margen de lo especificado en el apartado 3) anterior, este Órgano considera que no se dan los requisitos necesarios para considerar que dicha cláusula sea discriminatoria. Téngase en cuenta, además, que no todas las diferencias de trato son discriminatorias y que la igualdad no significa siempre un trato idéntico, pues únicamente una distinción será discriminatoria (i) si no tiene justificación objetiva y razonable o si no persigue un fin legítimo; o (ii) si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados para lograrlo y, habiéndose justificado que ninguno de los dos supuestos se producen en el presente caso, el motivo impugnatorio debe decaer.

5.6. Variantes y mejoras

5.6.1. Mejoras: concepto

[Resolución 112/2018](#)

Tal y como tiene establecida la doctrina del OARC/KEAO a propósito del artículo 147.2 del TRLCSP, antecedente del artículo 145.7 de la LCSP (ver por todas, la Resolución 139/2016), este precepto no es sino una aplicación específica de otro principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C513/99, ECLI:EU:C:2002:495). En lo que a la cláusula impugnada se refiere, se observa que describir las mejoras como aquellas que estén directamente relacionadas con el objeto del contrato es redundante, pues se trata de una condición implícita en el mismo concepto de cualquier criterio de adjudicación (artículos 14.5 a) y 145.6 de la LCSP). Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 145.7 de la LCSP y, consecuentemente, poder versar la mejora sobre cualquier elemento de la prestación, se está infringiendo el principio de transparencia así como el de igualdad, pues la elección y valoración de las mejoras evaluables queda al libre arbitrio del órgano de contratación y a los



licitadores se les oculta un dato fundamental para la fundada elaboración de sus proposiciones.

[Resolución 55/2021](#)

- 1) (...) la variante se caracteriza porque el mismo licitador proporciona al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que el poder adjudicador puede elegir una de 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). Asimismo, también entra en este concepto la proposición que ofrece una solución técnica diferente a la descrita en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) aunque no se presenten varias alternativas al poder adjudicador (ver, “sensu contrario”, el artículo 45.2 de la Directiva 2014/24/UE, así como la Resolución 682/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Consecuentemente, es necesario, en cualquiera de los dos casos, que los pliegos definan una prescripción que sirva como “base” sobre la que el poder adjudicador decide permitir las variantes en los términos y requisitos expresados en los artículos 142 de la LCSP, bien sea en forma de elección alternativa para el poder adjudicador o simplemente sustituyendo a dicha “base” por una única solución técnica distinta de ella.
- 2) En el caso analizado, se observa que objeto del contrato es el suministro de ciertos productos quirúrgicos, y que el PPT recoge ampliamente la descripción de sus características (forma, composición, dimensiones, etc.). Por lo que se refiere a la “Asistencia post venta”, aunque el apartado 5 del PPT incluye una referencia a que el adjudicatario (no el licitador) deberá presentar un “proyecto técnico de asistencia post venta” que recoja aspectos como el control físico de los productos suministrados o la gestión de los depósitos, lo cierto es que no establece ninguna prescripción técnica que detalle el modelo o sistema de estantería, que es la cuestión a la que afecta la supuesta variante. Por ello, debe entenderse que dicha cuestión es, desde el punto de vista de las prescripciones mínimas, indiferente para el poder adjudicador, igual que lo es, por ejemplo, el color de los bisturís eléctricos, de modo que el contratista podría proponerlos de varios colores distintos



sin incurrir en ofrecimiento de variantes prohibidas porque el PPT no establece nada respecto de esta característica; en cambio, proponer, por ejemplo, toallitas de algodón sería una variante no permitida porque el PPT especifica que deben ser de celulosa. Como bien alega el órgano de contratación, no es lo mismo presentar una alternativa en un criterio de adjudicación que para una prescripción establecida como mínima en el PPT; téngase en cuenta que este documento representa las condiciones técnicas mínimas bajo las que el poder adjudicador desea obligarse, siendo contrario al interés general aceptar ofertas que no las satisfagan (ver, por todas, la Resolución 31/2021 del OARC / KEAO).

- 3) A la vista de los puntos 1) y 2) anteriores, debe concluirse que la mención de la oferta del adjudicatario a una “alternativa” basada en estanterías volumétricas no puede considerarse una variante en el sentido del artículo 142 de la LCSP, por lo que no se ha infringido la prohibición de la cláusula específica 24.4.

[Resolución 74/2021](#)

El recurrente alega que la oferta del adjudicatario debió ser excluida por contener mejoras no permitidas por los pliegos. El análisis de este motivo de recurso debe comenzar con la determinación de la normativa reguladora para seguir con su aplicación al caso.

a 1) Sobre la normativa aplicable a las mejoras impugnadas

Sobre este particular, el artículo 145 de la LCSP (titulado “Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato”), y concretamente en su apartado 7, establece lo siguiente:

“7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.



Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.”

Partiendo de esa base legal, el motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Tal y como las configura el artículo 145.7 de la LCSP, y como sugiere claramente su ubicación sistemática, las mejoras no son sino un tipo de criterio de adjudicación del contrato. Por ese motivo, el citado apartado 7 prevé para ellas mandatos legales que, en realidad, en su mayor parte no son sino reproducción o concreción de los que el mismo artículo 145 declara en otros de sus apartados aplicables a cualquier criterio de adjudicación, como la vinculación al objeto del contrato o la descripción con un grado de definición suficiente como para no permitir al órgano de contratación un margen de decisión ilimitado para adjudicar el contrato.
- 2) No obstante, como bien indica el adjudicatario impugnado y se deduce del propio precepto, el artículo 145.7 de la LCSP es aplicable solo en el caso “...de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación”, que no es el caso del contrato analizado. Téngase en cuenta que la definición de las mejoras como “prestaciones adicionales” no es, por sí sola, suficiente para delimitarlas claramente como categoría diferenciada de otras clases de criterios de adjudicación, pues la función de cualquier criterio es evaluar favorablemente y promover la presentación de aspectos de las ofertas que supongan mejorar las prescripciones técnicas, que son el umbral mínimo a partir del cual el poder adjudicador considera aceptable adjudicar el contrato (ver la Resolución 96/2020 del OARC / KEAO y el Fundamento de Derecho quinto, apartado 6, número 3º, de la sentencia del Tribunal Supremo de 24/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1200). Consecuentemente, expandir el ámbito objetivo de la norma llevaría a interpretaciones extremas (como las que fundamentan el recurso) que supondrían su aplicación a cualquier aspecto de las ofertas que añadiera valor a dicho umbral mínimo (o que utilizara el término “mejorar” en



su sentido más común), pudiendo concluirse en una exclusión de la proposición del todo desproporcionada.

- 3) No hay en la LCSP una norma que condicione la posibilidad de presentar mejoras a la expresa autorización en los pliegos o el anuncio, sin perjuicio de los límites señalados en el artículo 145.7 cuando dichas mejoras se hayan configurado como criterio de adjudicación el cual, como ya se ha dicho, no es el supuesto analizado. En todo caso, la infracción de tales límites no implicaría necesariamente la exclusión de la oferta, sino su no valoración en el correspondiente criterio.
- 4) A la vista de los apartados 1) a 3) anteriores, debe descartarse que la oferta del adjudicatario impugnado haya de ser excluida por la presentación de mejoras “no permitidas”. No obstante, ello no quiere decir que no haya límites a su aceptación o valoración. Estos límites se establecen sin embargo con carácter general por la legislación contractual. En primer lugar, no cabe aceptar una oferta que incluya contenidos contrarios a los pliegos que rigen la licitación (especialmente, a sus prescripciones técnicas; ver, por todas, la Resolución 60/2021 del OARC / KEAO) o, en su caso, a las normas que regulan el objeto del contrato. En segundo lugar, aun cuando la proposición no sea contraria a dichas prescripciones o normas, y por lo tanto no pueda ser excluida, no cabe evaluar aspectos de la misma que no estén contemplados en los criterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos, pues ello supondría no respetar su fondo reglado y alterar las bases del procedimiento de adjudicación, que vinculan al poder adjudicador y a los licitadores (ver, por ejemplo, la Resolución 88/2018 del OARC / KEAO). Es bajo ambos parámetros que deben analizarse los argumentos del recurrente sobre las “mejoras encubiertas” propuestas por el adjudicatario impugnado, lo que es el núcleo del siguiente epígrafe.

5.6.2. No es necesario atender al valor económico de las mejoras



[Resolución 26/2020](#)

Finalmente, la valoración no tiene por qué atender necesariamente al valor económico de las mejoras, ya que, por un lado, no lo exigen los pliegos y, por otro, porque al ser un criterio discrecional y cualitativo no hay ninguna obligación o necesidad de convertir a unidades monetarias las ventajas que se evalúan.

5.6.3. Diferencia entre las variantes y la versatilidad de la oferta

[Resolución 120/2020](#)

EYSA indica en su oferta que el parquímetro ofertado funciona con el sistema operativo Windows, si bien todos sus elementos son compatibles con el sistema Android; asimismo, la adjudicataria señala que se está trabajando en la migración de los aparatos a este último sistema, lo que posibilitaría que, en el futuro, el poder adjudicador pudiera optar por ser uno de los primeros ayuntamientos en disponer de esta tecnología. El informe técnico que sustenta la adjudicación, por su parte, considera “muy interesante” el “Compromiso de migración a Android y 5G”. A juicio de este Órgano, esta propuesta no puede considerarse una variante, ya que no es una solución técnica alternativa a la prevista en los pliegos ni permite que el órgano de contratación elija entre dos soluciones posibles (ver, por ejemplo, la Resolución 32/2018 del OARC / KEAO); por el contrario, la posibilidad de una hipotética migración es una característica de una solución u oferta única que la hace más versátil porque permite, durante la ejecución del contrato, la evolución tecnológica de la prestación si el Ayuntamiento la considera oportuna, siendo perfectamente razonable que ello incremente el valor de la proposición.

5.6.4 Mejoras expresadas en importes monetarios con destino específico

[Resolución 108/2023](#)



Sentados en el punto 4) del apartado b 1) anterior los límites que debe respetar la oferta recurrida, este Órgano entiende que el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano no advierte la diferencia entre ofertar una cantidad de dinero concreta (5.000 €) u ofrecer 5 cámaras más, suponiendo, por ejemplo, que cada una tuviera un valor de 1.000 €. Se trata, por tanto y en principio, una legítima forma de presentación de un aspecto de la oferta técnica que mejora los mínimos exigidos en los pliegos, con el fin de optimizar su propuesta.
- 2) A juicio de este OARC y en contra de lo alegado por la recurrente, la mejora impugnada tiene amparo en la descripción del criterio de adjudicación Medios técnicos y herramientas tecnológicas para la gestión del servicio establecido en el pliego, respetando por lo tanto su fondo reglado, por cuanto que el recurso económico ofertado tiene una finalidad concreta y excluyente, cual es la adquisición de cualquier sistema que permita aumentar la seguridad en el recinto, si bien con preferencia hacia el de la ampliación del sistema CCTV (Circuito cerrado de televisión), lo cual puede englobarse sin dificultad en la descripción que el PCAP hace del método de valoración del criterio mencionado: Se valorarán los medios técnicos, de todo tipo,...que se considere adecuado para la prestación del servicio, por lo que no existiría impedimento alguno para ser poder ser valorada, en el supuesto de que lo hubiera sido.

5.7. Obligación de subrogación de trabajadores

5.7.1. Obligación legal

[Resolución 169/2018](#)

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que (...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo



en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 60/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información sobre personal a subrogar tiene la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, pueden impugnar su inexactitud (ver la Resolución 118/2013 del OARC / KEAO). En este sentido, los pliegos no regulan la subrogación, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable como, por ejemplo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ver, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773), cuyo contenido no se vería en ningún caso alterado por la decisión que este Órgano pudiera adoptar.

[Resolución 110/2019](#)

a) Sobre la subrogación en la LCSP

En síntesis, el artículo 130 de la LCSP establece que en los contratos afectados por una norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, existe para el poder adjudicador una obligación de incluir en el pliego que ha de regir la licitación la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria



para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. La literalidad de este precepto es ligeramente diferente a la de su antecedente, el artículo 120 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), que hablaba de los contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales; esta redacción podía dar lugar a entender que el clausulado del propio contrato público era título jurídico suficiente para la obligación de subrogación aunque esta no viniera impuesta por la legislación laboral o un convenio colectivo. Sin embargo, no fue esta la interpretación mantenida por los órganos de recursos contractuales, que en general consideraron que el mandato legal implicaba un deber de transparencia del poder adjudicador, el cual se limitaba a informar de una obligación preexistente con la finalidad de que los operadores económicos interesados pudieran conocer con precisión los costes laborales derivados del contrato y decidir, a la vista de ellos, si les interesaba presentar una oferta y, en su caso, el contenido de la misma (ver, por todas, la Resolución 49/2018 del OARC / KEAO). Esta interpretación es también la que adoptó el Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 de junio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2675 (sala de lo contencioso) y de 12 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4773 (sala de lo social), y la que, ahora incluso con más apoyo en la estricta literalidad del precepto, ha mantenido el OARC / KEAO a propósito del artículo 130 de la LCSP (ver, por todas, su Resolución 169/2018); en síntesis, el criterio es que es a la legislación laboral a la que debe atenderse para imponer o no la obligación de subrogación. Desde este punto de vista, no cabe duda de que las cláusulas impugnadas no están amparadas por el citado artículo 130 ni tampoco por ningún convenio colectivo; dado que es claro (y las partes no lo discuten) que tampoco están habilitadas por el Estatuto de los Trabajadores u otra norma jurídica, y a la vista del debate suscitado entre las partes, debe analizarse si el Decreto 106/2008 puede legitimarlas.

b) Sobre el Decreto 106/2008 como fuente de la obligación de subrogación

Partiendo de la base de que el propio pliego no puede ser la fuente de la obligación de subrogación, debe analizarse ahora si el hecho de que el Decreto 106/2008 formalice un acuerdo entre el poder adjudicador y su personal que establece que las nuevas adjudicatarias de servicios externalizados garantizarán dicha subrogación es



suficiente para considerar conformes a Derecho las estipulaciones impugnadas. A juicio de este OARC / KEAO, la conclusión es negativa. A diferencia del compromiso adquirido por la Administración en el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013, recurso 58/2012, ECLI:ES:TS:2013:3407, alegada por GIROA, el Decreto 106/2008 no establece taxativamente que Osakidetza deba incluir siempre y en todo caso en los pliegos cláusulas de subrogación obligatoria. Téngase en cuenta que el destinatario de la obligación no es aquí, literalmente, el poder adjudicador, sino terceros ajenos al Acuerdo, las nuevas adjudicatarias de los servicios externalizados, que siempre podrían alegar que el pacto no les vincula y que solo estarán obligadas a la subrogación si se dan los requisitos para ello (norma o convenio colectivo que la impongan) y no por la sola fuerza del Decreto 106/2008 o del contrato. Por ello, debe entenderse que, con una redacción no muy clara, lo que se ha buscado es instar a la Administración a hacer cumplir la normativa o los convenios que obligan a la subrogación en el caso de que sean aplicables, pero no imponer esta última por vía exclusiva del clausulado del contrato. No obstante, debe aclararse que, incluso en el caso de que el punto 13 se interpretara como un mandato unívoco de introducir en todo caso una cláusula como la impugnada, ello no implicaría, evidentemente, una excepción normativa que exceptuara la prohibición general legislativa de que el contrato sea fuente de la obligación de subrogación; tan solo supondría el deber de Osakidetza de introducir una cláusula predispuesta en los pliegos, cuya adecuación al Ordenamiento debe verificarse en atención a las circunstancias concretas del contrato público en el que se inserta y del Derecho aplicable al caso, sin que dicho ajuste se pueda prejuzgar por su sola presencia en la norma que impone establecer la estipulación (ver, por ejemplo, la sentencia de 30 de diciembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, número 603/2014, ECLI:ES:TSJPV:2014:3937, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2016, número 1301/2016, ECLI:ES:TS:2016:2639). Consecuentemente, y dado que en este caso no hay ningún título jurídico válido para la obligación de subrogación, el recurso debe estimarse.

[Resolución 95/2021](#)

A la vista de lo señalado en esta cláusula y de la doctrina de este OARC / KEAO sobre la subrogación de trabajadores (ver, por todas, la Resolución 18/2021) el motivo de



impugnación debe desestimarse. Téngase en cuenta que la obligación del nuevo contratista de subrogarse en la relación laboral de los trabajadores que vinieran ejecutando la prestación tiene su origen en las normas laborales o en los convenios colectivos que la establecen. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, los pliegos se limitan a señalar dichas normas o convenios y el personal afectado por ellas para que los operadores económicos interesados puedan tener un adecuado conocimiento de los costes laborales que conlleva su oferta (ver, por todas la Resolución 169/2018 del OARC / KEAO). En este sentido, el citado artículo excluye la posibilidad de que sean los propios pliegos del contrato los que impongan la obligación de subrogación (ver, en este sentido la STSJ PV nº 305/2020, de 19 de octubre de 2020, ECLI:ES: TSJPV:2020:1419). Consecuentemente, el parámetro legal para determinar si el contratista incumple o no dicha obligación lo constituirán exclusivamente los mencionados convenios o normas, con independencia del contenido de los pliegos, siendo además una circunstancia que solo puede verificarse con posterioridad a la adjudicación impugnada, momento en el que será efectivo el cambio de empresario y el derecho de los trabajadores a solicitar la subrogación.

5.7.2. Contenido mínimo de la información que debe facilitarse

[Resolución 112/2019](#)

El artículo 130.1 de la LCSP establece que el alcance de la información sobre la obligación de subrogación debe comprender las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo; además, se establece que, a tal efecto, el anterior adjudicatario del servicio está obligado a proporcionar, como mínimo, los listados del personal objeto de subrogación, con indicación del convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.



Una vez contrastados los requerimientos legales expuestos en el párrafo anterior con el contenido de los pliegos impugnados (cláusula específica 10 y Anexo I.2 del PCAP), este OARC / KEAO estima que el poder adjudicador ha cumplido sustancialmente con ellos; en particular, consta la siguiente información:

- la constancia expresa de que la información se proporciona en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP.
- el convenio colectivo que impone la obligación de subrogación es el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, publicado y registrado mediante la Resolución de 19 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo.
- se aporta un listado anonimizado de trabajadores con derecho a la subrogación que incluye la fecha de antigüedad, el convenio colectivo y acuerdos o pactos de empresa que les afectan, la categoría profesional, el tipo de contrato y su fecha de vencimiento, la jornada expresada en porcentaje y el salario bruto.

A juicio de este Órgano, la citada información satisface el contenido mínimo que en todo caso el artículo 130 de la LCSP exige que se incluya en los pliegos. A partir de ahí, el recurrente no ha demostrado que el anterior adjudicatario haya omitido ningún dato esencial para que los licitadores evalúen con exactitud los costes laborales de una posible oferta, ni que el poder adjudicador haya incumplido con la obligación de transparencia que le impone el citado precepto. En este sentido, AESPRI se ha limitado a mencionar determinadas vicisitudes que, eventualmente, podrían incidir en los contratos y que pueden haberse producido o no, reclamando que se informe de ellas (si el contrato pasó en algún momento a ser indefinido, si el trabajador está en incapacidad temporal...); este Órgano estima que la LCSP no pide una información tan exhaustiva (e imposible) que comprenda no solo los datos relevantes, sino también la aclaración negativa de que tales eventualidades no se han producido. Tampoco pueden aceptarse las observaciones sobre la fecha de antigüedad y el tipo de jornada, que se refieren a cuestiones interpretativas de la información aportada que no parecen afectar a su suficiencia ni ser de tal calibre que pueda entenderse vulnerado el principio de transparencia.



En el listado publicado como documento anexo al PCAP, que el poder adjudicador alega que contiene la información solicitada por la recurrente, se observa que los datos que figuran en la columna de Salario bruto anual consisten en, bien una remisión genérica al convenio (Lotes 2 y 3 y actividades de yoga y tai-chi), bien un importe/hora (Lotes 1 y 4 y actividades de running, triatlón). Esta información no satisface el contenido del artículo 130.1 de la LCSP que especifica que entre la información que se deberá facilitar en todo caso debe figurar la del salario bruto anual de cada trabajador. Téngase en cuenta que la finalidad perseguida es la de proporcionar a los licitadores interesados información fehaciente sobre los costes laborales del personal a subrogar, o como especifica el mencionado artículo sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, lo cual únicamente se logrará facilitando la información relacionada en la norma, lo cual es incompatible con una remisión genérica a un convenio o con facilitar información sobre el salario de forma parcial. Estas objeciones no son aplicables al listado facilitado por la Federación Alavesa de Tennis de Mesa, que satisface la pretensión de la recurrente.

Finalmente, procede recordar que al objeto de satisfacer el principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP) y la finalidad que persigue el artículo 130 de la LCSP, es obligación del poder adjudicador el verificar el contenido de la información que a este respecto le facilita la empresa que está ejecutando el servicio (ver, en este sentido la Resolución 44/2014).

[Resolución 192/2023](#)

La recurrente alega que el listado de subrogación al que se refiere el artículo 130 LCSP omite información relevante que únicamente conoce la actual prestadora del servicio. Concretamente, el recurso se refiere a la ausencia de datos sobre el género de los trabajadores a subrogar (relevante para elaborar planes de igualdad) y la experiencia y currículum del Jefe de Servicio (relevante para determinar si la persona tiene el perfil adecuado para ocupar el puesto de coordinador o encargado de la interlocución con el Ayuntamiento o debe adscribirse otra persona a dicho puesto). A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe rechazarse por los siguientes motivos:



- 1) La finalidad de la publicación con la documentación contractual el listado de personas que venían ejecutando anteriormente la prestación con derecho a subrogación en la plantilla del nuevo contratista (artículo 130.1 LCSP) obedece a “facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida...”. Para ello, el anterior adjudicatario debe facilitar “en todo caso”, la información mencionada en el segundo inciso del artículo 130.1 LCSP; de esta literalidad se deduce que se trata de un contenido mínimo, y que es posible que deban aportarse también otros datos, pero siempre que (i) sean necesarios para la evaluación de los costes laborales y (ii) la información se refiera a las condiciones de los contratos de trabajo. En definitiva, el carácter ampliable de la información mínima establecida en el artículo 130 LCSP no alcanza a los datos relativos al personal subrogable si no se cumplen estos requisitos.
- 2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, la recurrente no puede exigir que el listado de personal con derecho a subrogación incluya la experiencia profesional y el currículum del Jefe de Servicio, pues se trata de información ajena a “...las condiciones de los contratos de los trabajadores”, que es el marco en el que se insertan los datos del listado; por muy ampliable que pueda ser la información requerida como mínima en el artículo 130 LCSP, no puede en ningún caso desbordar los límites de dicho marco. Tampoco es una información que tenga una relación clara con la evaluación de los costes laborales, que es la finalidad del precepto, pues el coste del coordinador es, en principio, inevitable en cualquier caso por responder a una obligación contractual.
- 3) Por lo que se refiere a la identificación del género del personal subrogable, tampoco considera este Órgano que el género sea una condición del contrato de trabajo, ni que guarde relación alguna con los costes laborales. Además, la ausencia de esta información no tiene por qué impedir la elaboración de los planes de igualdad de género a los que se refieren los pliegos (cláusula 13ª del PCAP) como parte del proyecto técnico, pues dichos planes (y el objetivo de igualdad) no dependen de modo absoluto del porcentaje de cada género en la plantilla subrogable.



5.7.3. No hay obligación de que el nuevo contrato permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda mantener en él las mismas condiciones.

[Resolución 5/2019](#)

Por otro lado, como bien indica el Ayuntamiento, entra dentro de la discrecionalidad que le ampara en el diseño de la prestación establecer el número de horas de trabajo necesarias para cumplir con la finalidad del contrato, sin que exista un derecho subjetivo que permita al recurrente exigir al poder adjudicador una estructura de la obligación que permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda seguir en las mismas tareas que venía desempeñando anteriormente y bajo las mismas condiciones.

5.7.4. Errores en la información sobre subrogación

[Resolución 172/2020](#)

La finalidad de la información que ha de facilitar el contratista saliente sobre el personal a subrogar por el contratista entrante y las consecuencias de facilitar esta información de forma errónea (artículo 130 de la LCSP) es incrementar el nivel de seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación que para los licitadores de un nuevo contrato representa la subrogación en los trabajadores de un contrato anterior en los supuesto legales en los que ésta procede y, a tal efecto, contempla dos medidas generales (i) que el contratista, que es quien mejor conoce la situación y circunstancias de su personal y su empresa aporte la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación y (ii) establecer un sistema de responsabilidad del contratista saliente junto con una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social y laboral (ver, en este sentido, el Expediente 69/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre “Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”). Así las cosas, la responsabilidad última de determinar qué



información se debe facilitar al poder adjudicador para que éste la ponga a disposición de los licitadores o del contratista entrante recae en última instancia sobre el contratista saliente (en este sentido el Informe 126/18 de la JCCPE). Consecuentemente, los errores de la información facilitada por el contratista saliente en ningún caso le podrán beneficiar a él y perjudicar al resto de licitadores ni, lo que es importante para el caso analizado, oponerse válidamente al poder adjudicador, como se deduce, por ejemplo, del artículo 115.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), que establece que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieran causado.

5.7.5. No cabe la subrogación con base en un convenio colectivo no vigente

[Resolución 94/2021](#)

(...) la pretensión de SABICO SERVICIOS AUXILIARES, S.L. de que los pliegos incluyan el listado del personal a subrogar en base a la obligación impuesta por un hipotético nuevo convenio colectivo ha de ser desestimada pues, según reconoce el propio recurrente, dicho convenio está aún en fase de negociación, siendo incierto su contenido final, por lo que no impone al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, que es la premisa de la que parte el artículo 130.1 de la LCSP.

5.7.6. Alcance de las obligaciones del poder adjudicador y del contratista saliente

[Resolución 152/2021](#)

En síntesis, el artículo 130 de la LCSP establece que, en los contratos afectados por una norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, se debe incluir en el pliego que ha de regir la licitación la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta



evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. La inclusión en la documentación contractual de dicha información satisface un mandato de transparencia impuesto en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así los costes laborales que les supone la obligación de subrogación que derivaría de su condición de adjudicatario y decidir, a la vista de ellos, si les interesa presentar una oferta y, en su caso, el contenido de la misma, incrementando así la seguridad jurídica. A este efecto, el artículo 130 de la LCSP contempla dos medidas generales (ver la Resolución 172/2020 del OARC / KEAO).

- (i) que el contratista, que es quien mejor conoce la situación y circunstancias de su personal y su empresa, deba obligatoriamente aportar, a requerimiento del órgano de contratación, la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación y
- (ii) establece un sistema de responsabilidad del contratista saliente junto con una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social y laboral (ver, en este sentido, el Expediente 69/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre “Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”).

Así las cosas, la responsabilidad de determinar qué información se debe facilitar al poder adjudicador para que éste la ponga a disposición de los licitadores o del contratista entrante recae en última instancia sobre el contratista saliente (en este sentido, ver el Informe 126/18 de la JCCPE), hasta el punto de que el apartado 5 del artículo 130 de la LCSP establece que “En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.” Consecuentemente, los errores (o la ausencia) de la información facilitada por el contratista saliente en ningún caso le podrán beneficiar a él y perjudicar al resto de licitadores.



Por todo ello, debe entenderse que, para que el órgano de contratación satisfaga las obligaciones que le impone el artículo 130 de la LCSP, basta, en principio, con que solicite al empresario que venga ejecutando la prestación objeto del contrato la información correspondiente y la consigne debidamente en los pliegos. En particular, no parece que, una vez cumplidas dichas obligaciones, el poder adjudicador haya de responder de las inexactitudes u omisiones de una documentación que no ha elaborado y cuya veracidad difícilmente puede contrastar, salvo que dichas deficiencias sean groseras u obvias y detectables en una mínima revisión que, en virtud del principio de transparencia (pues, en definitiva, se trata de información que va a constar en los documentos contractuales), deba realizarse de ella.

[Resolución 127/2023](#)

El recurrente achaca al Órgano de contratación que haya solicitado a los contratistas salientes información adicional a la inicialmente facilitada por éstos últimos. Esta impugnación debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) La información que conforme al artículo 130.1 de la LCSP, en todo caso, debe facilitar el contratista saliente sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo comprende el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. A este respecto, el artículo 130.4 de la LCSP prevé la posibilidad de que el PCAP contemple necesariamente la imposición de penalidades al contratista, dentro de los límites establecidos en el artículo 192, para el supuesto de incumplimiento de esta obligación.
- 2) El artículo 130 de la LCSP en ningún momento exige que la administración corrija las inexactitudes o sesgos de la información especificada en el apartado 1) facilitada por el contratista saliente o corrobore su veracidad (ver, en este sentido, la Resolución 84/2023 de este OARC / KEAO así como la STSJPV



número 416/2022, de 24 de noviembre de 2022), pero lo cierto es que el proceder de la Administración reiterando la compleción de la información incompleta no supone infracción de ninguna norma o principio general del derecho, por el contrario, pretende cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, pueden impugnar su inexactitud (ver, en este sentido, la Resolución 169/2018 de este OARC / KEAO).

- 3) En cualquier caso el recurrente (i) no especifica la naturaleza de la información adicional solicita, (ii) no indica qué norma o principio general del derecho se ha infringido al requerir dicha información, (iii) no discute la veracidad de la información facilitada, (iv) no concreta la razón por la que incorporar dicha información a los pliegos puede suponer un obstáculo para la preparación por parte de los potenciales licitadores de una oferta competitiva y (v) no especifica cuáles son los derechos del nuevo contratista que se infringen con esta actuación.

[Resolución 084/2023](#)

En lo que respecta a la información que los pliegos deben facilitar en relación con los trabajadores con derecho a subrogación, se debe partir, tal y como manifiesta la STSJPV número 416/2022, de 24 de noviembre de 2022, de que el poder adjudicador se limita a actuar como mediador: “De este modo, transmite la información que le proporciona el contratista anterior a los licitadores, con el objetivo de que estos dispongan de la información necesaria para conocer los costes del contrato y presentar sus ofertas con conocimiento de causa. Esta previsión legal tiene sentido, habida cuenta de que es la empresa que viene prestando los servicios en cuestión quien tiene la información real y más completa en relación a los gastos que, en materia de personal, pueden derivarse de la ejecución del contrato. En efecto, la administración no tiene por qué conocer los entresijos del funcionamiento del servicio en relación a cuestiones como las invocadas por el sindicato actor (como, por ejemplo, si hay trabajadores contratados para sustituir a otros que estén disfrutando de una excedencia o de una reducción de jornada). En este sentido, en ningún momento el precepto transcrito exige que la administración corrobore la veracidad de esa información. Así, no atribuye a esta ninguna responsabilidad por su inexactitud o carácter sesgado. De hecho, el apartado



cuarto prevé la aplicación de penalidades al contratista que incumpla la obligación de suministrar esa información. Por su parte, el apartado quinto dispone, de manera expresa, que en el caso de que los gastos ocasionados por los trabajadores subrogados sean superiores a los indicados en esa información, es el antiguo contratista el que responderá de esa diferencia. De esta forma, la administración queda al margen de la responsabilidad que pudiera derivarse de la inexactitud de dicha información. (...) En cualquier caso, los derechos tanto de los trabajadores como del nuevo contratista quedan debidamente garantizados. En cuanto a los primeros, la empresa habrá de satisfacer, en todo caso, los gastos correspondientes a su prestación de servicios. En cuanto a los segundos, ya hemos visto cómo la ley le permite reaccionar frente al anterior contratista.”

[Resolución 170/2024](#)

En resumen, la recurrente plantea la incorrección del listado de personal subrogable. Este motivo de impugnación debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) El Ayuntamiento ha aportado al expediente de recurso especial la prueba de que con fecha 19 de septiembre ha publicado en la Plataforma de Contratación Pública de Euskadi la información facilitada por la empresa que viene ejecutando las obras, consistente en la relación de personal destinado a la ejecución de las obras (inversiones) que será necesaria acometer en el periodo que abarca el contrato.
- 2) De conformidad con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) de 20/1/2023, nº 30/2023, ECLI:ES:TSJPV:2023:1136, el artículo 130 LCSP “...incorpora una obligación de proporcionar información trascendente para que los licitadores puedan evaluar los gastos del contrato, a fin de poder presentar una oferta ajustada a estos. Ahora bien, tal obligación no se impone a la administración, sino al contratista saliente. De hecho, aquella actúa como un mero mediador, dado que se limita a actuar como correa de transmisión de la información que le proporciona el contratista anterior a los licitadores. Esta previsión legal tiene sentido, habida cuenta de que es la empresa que viene prestando los servicios en cuestión quien tiene la información real y más completa en relación a los gastos que, en materia de personal, pueden derivarse de la ejecución del contrato.”



- 3) La sentencia añade que el artículo 130 LCSP no exige "...que la administración corrobore la veracidad de esa información. Así, no atribuye a esta ninguna responsabilidad por su inexactitud o carácter sesgado. De hecho, el apartado cuarto prevé la aplicación de penalidades al contratista saliente que incumpla la obligación de suministrar esa información. De esta forma, la administración queda al margen de la responsabilidad que pudiera derivarse de la inexactitud de dicha información. Al mismo tiempo, el legislador ha querido especificar cuáles son las consecuencias, y el mecanismo de que dispone el nuevo adjudicatario en el caso de que los costes laborales sean superiores a los calculados por él como consecuencia de la deficiente información proporcionada por el anterior contratista."
- 4) A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, el recurso debe ser desestimado, ya que consta en el expediente que el poder adjudicador ha procedido a publicar dos listados de personal a subrogar facilitados por la UTE actual adjudicataria del contrato, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en los apartados 4,5 y 6 del artículo 130 LCSP.

5.7.7. Diferencia entre el coste del personal subrogado y el coste del personal calculado en el Presupuesto Base de Licitación

[Resolución 152/2021](#)

Dado que es una cuestión planteada en el procedimiento, procede señalar que en el supuesto que nos ocupa es irrelevante determinar si el Presupuesto Base de Licitación desglosado (PBL) contenido en los pliegos incluye o no importes de gastos laborales suficientes como para absorber el de los trabajadores con derecho a subrogación cuya información omitida fundamenta el desistimiento, pues se trata de cuestiones distintas. Por un lado, el PBL recogido en el artículo 100.2 de la LCSP se refiere al coste derivado de la ejecución del contrato, con especial atención a los gastos del personal adscrito a dicha ejecución; por otro lado, el artículo 130 de la LCSP alude a las obligaciones del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales del anterior prestador del servicio con el personal que lo venía ejecutando. Como ya se ha



establecido por este Órgano en resoluciones anteriores, ambos colectivos son cualitativamente distintos y no tienen por qué coincidir (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 139/2019 y 196/2019); dicho de otro modo, el artículo 100.2 se refiere a los gastos atribuidos al personal que vaya a ejecutar el contrato (y no comprende el coste salarial o de despido del personal subrogado; ver la Resolución 156/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), mientras que el artículo 130 se refiere al personal con derecho a subrogación en la plantilla del adjudicatario como efecto derivado del cambio de contratista (el cual puede o no adscribirse finalmente en todo o en parte a la ejecución del nuevo contrato).

5.7.8. No cabe la imposición de obligación de subrogación por un pacto que solo afecta a la empresa saliente

[Resolución 115/2022](#)

La subrogación obligatoria invocada no deriva directamente de las previsiones de la Directiva o del artículo 44 ET, sino que es efecto de un Convenio Colectivo que la impone. En este caso, el único instrumento de negociación colectiva alegado en el recurso es un “Pacto de empresa” que se adjunta al mismo y que incluye la citada subrogación en su artículo 5. Este Órgano ya ha señalado que un pacto o convenio que afecta únicamente a la empresa que venía ejecutando la prestación carece de la eficacia general a la que se refiere el artículo 130.1 de la LCSP y no vincula al resto de los operadores económicos (ver la Resolución 93/2019 del OARC / KEAO), lo que impide que el Pacto invocado pueda ser la base legal de la subrogación obligatoria pretendida.

5.8. Condiciones especiales de ejecución

5.8.1. Condición de ejecución medioambiental

[Resolución 160/2018](#)



La cláusula 10.1 del PCAP es la otra estipulación impugnada. Como su título expresa, se trata de una condición especial medioambiental de ejecución del contrato de las recogidas en el artículo 202.2 de la LCSP. Además de establecer el alcance de la condición (que la electricidad suministrada proceda al 100% de fuentes renovables), indica cuál es la forma de acreditar su cumplimiento; en concreto, se exige que el contratista presente todas las certificaciones de procedencia de la energía suministrada que emita la CNMC de acuerdo con la Orden. A diferencia de lo que sucede con la cláusula 21.2, expresada en estos términos y para este contexto, el requerimiento es adecuado a la legislación contractual. En primer lugar, aunque no se establece así expresamente (literalmente, solo se habla de “la electricidad suministrada por la adjudicataria”), la exigencia se refiere únicamente a la electricidad suministrada en el marco del contrato, y no a la que pueda el adjudicatario vender en el resto de su actividad. Así se deduce de la misma definición de “condición de ejecución”, que comprende la vinculación al objeto del contrato en el sentido que da a este término el artículo 145.6 de la LCSP (ver el artículo 202.1 de la LCSP); dicha vinculación no existiría si la exigencia se dirigiera a fiscalizar actividades de la empresa no relacionadas de ningún modo con la prestación contractual (así sucedería, por ejemplo, si al contratista se le pidiera la garantía de que, en el desarrollo de toda su actividad comercial, vende exclusivamente energía de origen renovable). A mayor abundamiento, la función principal del sistema de la Orden es precisamente demostrar al consumidor final que la energía adquirida es de origen renovable, que es, en definitiva, lo que la cláusula impugnada pretende (ver, por ejemplo, el documento de la Comisión de la Unión Europea “Criterios de la CPE de la UE aplicables a la electricidad”).¹³ Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

5.8.2. Condición de ejecución social

[Resolución 187/2021](#)

Considera la recurrente que no se cumple con la obligación de incorporar alguna cláusula social. Este Órgano no comparte dicha apreciación, pues el apartado 11 de

¹³ Disponible en el enlace: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/electricity_es.pdf



la Carátula se remite al artículo 28.2 del PCAP y éste señala que los contratistas y subcontratistas deberán, entre otras obligaciones, cumplir con la cláusula 26.3 de condiciones generales consistente en proporcionar al responsable del contrato los datos relativos a las condiciones laborales (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 5 y 139/2019), lo cual constituye una consideración de carácter social cuya finalidad es la de garantizar el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación, todo ello de conformidad con lo preceptuado en el artículo 202 de la LCSP, que exige en su apartado 1 que los pliegos incluyan, al menos, una condición de ejecución.

5.8.3. Obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales del Convenio Colectivo sectorial y aplicación de la Ley 3/2016 del Parlamento Vasco

[Resolución 187/2021](#)

Debe desestimarse que se haya infringido la alegación referente al convenio sectorial de aplicación, pues el párrafo 1 del apartado 2 del artículo 122 de la LCSP, invocado por la recurrente, señala que, entre el contenido que debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares figura “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”. La sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, ha declarado la inconstitucionalidad de esta norma (excepto los incisos referidos a “pactos y condiciones definidores de los derechos de las partes” y “régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos”) por ser contrario al orden constitucional de competencias, lo que implica que carece del carácter básico que la LCSP le había atribuido y que no es aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras. En este sentido, debe recordarse que la normativa autonómica (Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública) no contiene la obligación cuyo cumplimiento se reclama; así, su artículo 5 se refiere tan solo al “convenio colectivo de aplicación” (es decir, el que resulte de la aplicación de la legislación laboral y de las normas que rigen la negociación colectiva, no del clausulado de los pliegos) y establece que la información



sobre el convenio colectivo que la empresa adjudicataria declare aplicable a los trabajadores y trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato (en cumplimiento de la estipulación de los pliegos descrita en el artículo 5.2) se incluirá en la resolución de adjudicación y se publicará en el perfil de contratante.



6. Cuestiones relativas a las proposiciones

6.1. Documentación técnica y económica

6.1.1. Libertad de configuración de la oferta

[Resolución 168/2019](#)

Debe tenerse en cuenta que, salvo que los pliegos impongan, por razones proporcionadas, una manera concreta de presentar la información, ha de primar la libre configuración de la misma por el licitador, que pudo introducir en ella la información correspondiente del modo que estimara más adecuado (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2019 del OARC / KEAO).

6.1.2. Ofertas sospechosas de colusión

[Resolución 93/2021](#)

- 1) A diferencia de sus antecedentes, la Directiva 2014/24/UE sí contempla expresamente que las ofertas que muestren indicios de colusión son irregulares y deben ser excluidas del procedimiento de adjudicación (ver sus artículos 26.4 b), 35.5 y, especialmente, 57.4 d) y 57.5). La LCSP incorpora este contenido en el tercer párrafo de su artículo 150.1 (ver también el artículo 69.2), que prevé un “procedimiento sumarísimo” para que la correspondiente Autoridad de Competencia se pronuncie sobre la existencia de indicios fundados de conductas incluidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. A falta del desarrollo reglamentario al que se remite, este precepto no ha iniciado aún su vigencia (ver la Disposición final decimosexta de la LCSP). A pesar de esta circunstancia, es claro que un poder adjudicador debe excluir las proposiciones incursas en colusión, aunque no sea aplicando el citado procedimiento; así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 60/2021 (ver también los artículos 167 e) y 226.4 de la LCSP, que declaran



irregulares estas proposiciones, igual que los correspondientes artículos de la Directiva 2014/24/UE).

- 2) En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); aunque se refiere a contratos sujetos a la Directiva 2004/18 (antecedente de la Directiva 2014/24/UE, que la deroga y sustituye), la cual, como ya se ha dicho, carecía de una regulación específica sobre las proposiciones colusorias, fundamenta su doctrina en la infracción del principio de igualdad de trato, que también figura en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE. En particular, la STJUE de 17/5/2018, asunto C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324, establece que, si se demuestra que dos ofertas no son autónomas e independientes, no cabe adjudicar el contrato a los correspondientes licitadores, los cuales deben ser excluidos para no vulnerar dicho principio (ver también, en sentido similar, la STJUE de 8/2/2018, asunto C-144/17, ECLI: EU:C:2018:78). Esta consideración es aplicable incluso en el caso de que no quepa hablar de una práctica contraria a la competencia porque, por ejemplo, los dos licitadores implicados pertenezcan, de hecho, a la misma unidad económica (ver los apartados 28 a 30 de la sentencia C-531/16). En sentido análogo, el artículo 139.3 de la LCSP prohíbe, con carácter general, que cada licitador presente más de una proposición; esta prohibición se extiende también a los casos en los que dos empresas presentan cada una de ellas ofertas formalmente diferentes pero concertadas en su contenido (ver, por ejemplo, la Resolución 60/2021 del TACRC, citada anteriormente).
 - 3) La jurisprudencia del TJUE establece, en cuanto al nivel de prueba exigible, que la decisión del poder adjudicador de excluir las proposiciones (y, en ulterior instancia, la que adopte el órgano que conozca del correspondiente recurso especial) puede basarse tanto en pruebas directas como en indicios, siempre que sean objetivos y concordantes y los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario (ver, por ejemplo, el apartado 37 de la sentencia C-531/16, referenciada íntegramente más arriba).
- a) Sobre las ofertas impugnadas



Expuesto el marco legal, y analizando la pretensión del recurrente, se observa que el argumento fundamental del recurso para sostenerla es la circunstancia de que cada uno de los dos licitadores impugnados incluyen en sus ofertas la subcontratación del otro (en adelante, “subcontratación cruzada”), lo que supone el conocimiento y la elaboración conjunta de ambas ofertas por las dos empresas. La subcontratación cruzada es un “indicador de alerta” de colusión, pues puede señalar que ambas empresas han conocido los términos de la proposición de la otra, lo que permite poner en duda la independencia de sus ofertas (ver, en este sentido, el apartado 5.6 de la Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo, de la Comisión Europea, documento 2021/C91/01, DOUE de 18/3/2021, en adelante, “la Comunicación”), y puede activar la obligación del poder adjudicador que conozca esta circunstancia de “prevenir, detectar y poner remedio a los elementos que puedan viciar el procedimiento” (apartado 33 de la sentencia C-531/16). Sin embargo, no es menos cierto que “los poderes adjudicadores deberían evitar caer en presunciones generales de que la subcontratación por parte del adjudicatario a otro licitador del mismo procedimiento constituye una colusión...” (ver el mismo apartado 5.6 de la Comunicación). Todo ello supone que, con independencia del hecho de la subcontratación cruzada, no controvertido por las partes, deben existir pruebas o indicios de que ambas ofertas no se han elaborado autónomamente, sin que quepa una presunción “iuris et de iure” de “interferencia recíproca” (ver la STJUE de 22/10/2015, C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721, apartados 36 y siguientes). De hecho, no hay en la legislación contractual vigente (ni en los pliegos que rigen la licitación) una prohibición general expresa de la subcontratación cruzada (ver, por ejemplo, las Resoluciones 7 y 10/2015 del OARC / KEAO, referidas, no obstante, a supuestos en los que no se ponía en duda la elaboración independiente de las ofertas).

Partiendo de estas premisas, y a la vista de los datos que constan en el expediente y de las alegaciones de los interesados, este Órgano observa lo siguiente:

- 1) A solicitud de los pliegos, EMC y PRINTHAUS indican qué elementos de la prestación se proponen subcontratar y qué porcentaje representan sobre el total. Mientras que EMC subcontrataría a PRINTHAUS para la “Impresión de los distintos elementos” por un porcentaje del 68%, PRINTHAUS subcontrataría a EMC para el “Diseño de los distintos elementos” por un porcentaje del 32%.



Como se puede observar, ambos porcentajes suman exactamente el 100%, lo que parece sugerir que las dos empresas parten de la misma base, conocida por ambas, para calcularlos. Asimismo, las dos empresas designan como confidenciales las mismas partes de su oferta, la memoria de equipos y materiales y la memoria de metodología; como se verá en el siguiente epígrafe, especialmente este último documento es muy relevante para determinar las similitudes entre las dos proposiciones.

- 2) Por lo que se refiere a la oferta técnica (criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor), y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 27 B) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), ambos licitadores presentan los documentos denominados B1 (diseño), B2 (equipo de trabajo y materiales) y B3 (metodología de trabajo), referidos a los correspondientes criterios de adjudicación. En el documento B1, los contenidos parecen ser distintos y responder a opciones técnicas diferentes y contrapuestas. En el documento B2 sí hay una amplia coincidencia; sin embargo, la similitud parece tener en este caso una explicación alternativa a la elaboración concertada de las proposiciones, y es la de ser una consecuencia inevitable de la unión de la valoración como criterio de adjudicación de los medios materiales y humanos (decidida por el órgano de contratación) y la subcontratación cruzada, cuyo objeto son precisamente dichos medios (que no está, como ya se ha dicho, en principio, prohibida).
- 3) Del análisis de los documentos B3 de ambas ofertas sí se deducen todo tipo de coincidencias que permiten concluir razonablemente que no se han elaborado de modo independiente:
 - En cuanto a la estructura, la de las dos empresas es muy similar, sin que el parecido pueda explicarse por referirse ambos documentos al mismo objeto o por seguir un esquema detallado exigido por los pliegos; así, por ejemplo, en lo que se refiere al Festival Kalealdia, las ofertas empiezan por referirse a los trabajos “que se soliciten de la imagen que se pondrá a disposición del licitador”, reproducen los entregables requeridos por el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), relacionan “Otros entregables” (los mismos



en ambos casos), y pasan después a definir las tareas en epígrafes similares.

- En cuanto al contenido concreto, casi todos los apartados de ambos documentos son muy parecidos, no siendo infrecuente la identidad íntegra de párrafos enteros; en los casos en los que hay diferencias, parece tratarse de añadidos a un texto previo igual al del otro licitador.
 - Especialmente llamativos son los cronogramas aportados (dos por cada oferta), cuya identidad formal (estilo, por ejemplo) y material (hitos intermedios, fechas, nombre de las fases...) es casi absoluta.
- 4) No se observa una explicación de las coincidencias señaladas en el número 3) anterior alternativa a la elaboración concertada de las proposiciones. Por un lado, debe tenerse en cuenta que, aunque la subcontratación cruzada no es, por sí sola, una infracción, tampoco puede servir para excusar la obligación de que las ofertas sean independientes. Por otro lado, a diferencia de lo que sucedía con el documento B2 (medios técnicos y humanos), la similitud no es aquí una consecuencia inevitable de dicha subcontratación, pues no había obstáculo para que, a pesar de basarse en los mismos recursos personales y materiales, las soluciones técnicas propuestas fueran distintas, como lo demuestra que precisamente ése es el caso del documento B1 (diseño).
- 5) En cuanto a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmulas, hay coincidencia total en la propuesta para el epígrafe “Criterios sociales”; concretamente, ambas empresas ofrecen 15 horas de formación y obtienen la máxima puntuación posible (5 puntos). No obstante, esta coincidencia (que también se da con la propuesta del recurrente) parece deberse a la propia configuración del criterio, que induce a los licitadores a confluir en el contenido, previamente conocido, que supone obtener dicha máxima puntuación.
- 6) Por lo que se refiere a la oferta económica, debe tenerse en cuenta que se trata de un contrato en el que la cantidad de unidades finalmente demandadas es



incierto porque depende de las necesidades reales de la Administración, que no se compromete a adquirir un número mínimo. No obstante, a los efectos de valorar el precio como criterio de adjudicación, se utiliza un precio global, que es el resultado de la consideración ponderada de 112 precios unitarios. La diferencia entre las dos empresas es de 1.300 euros, IVA excluido (197.876,25 euros PRINTHAUS y 196.576,25 EMC), que se reparte tan solo entre tres precios unitarios; dicho de otro modo, ambas ofertas proponen los mismos importes para 109 precios unitarios. De estas 109 coincidencias, 72 se producen porque las dos empresas proponen el precio unitario máximo fijado en los pliegos, mientras que en 37 casos se coincide en el importe del descuento.

- 7) No parece haber una explicación satisfactoria para un grado tan alto de similitud (especialmente, para las coincidencias en los descuentos) distinta de la elaboración concertada de la oferta. En particular, no es aceptable atribuir la similitud a que la subcontratación cruzada implica que las estructuras de costes sean análogas; como ya se ha dicho, la citada subcontratación no excusa de la obligación de elaborar ofertas autónomas y, además, lo que se trasluce de las ofertas es que ninguna de las dos empresas tiene una estrategia de precios propia y diferenciada.

b) Valoración de los indicios y conclusión

A la vista de todo ello, este Órgano entiende que:

- 1) Los indicios señalados en la letra b) anterior son suficientes para entender que la explicación más plausible a las concordancias de las proposiciones es que éstas no han sido elaboradas de modo independiente, sin que exista una explicación alternativa aceptable que permita llegar a una conclusión diferente, lo que supone la estimación del recurso.
- 2) Dado que los medios de prueba solicitados ya constan en el expediente y han sido tenidos en cuenta para la resolución del recurso (es el caso del contenido de las ofertas) o no son pertinentes al caso (modelos tributarios 347 de las



empresas impugnadas), no se ha estimado procedente acceder a dicha solicitud.

- 3) A la vista de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LCSP, el OARC / KEAO dará cuenta a la Autoridad Vasca de la Competencia de la presente Resolución y del correspondiente expediente.

6.1.3. Requisitos de extensión y forma de la oferta

[Resolución 92/2019](#)

En diversas ocasiones este OARC/KEAO se ha pronunciado sobre la exigencia en los pliegos de la licitación de una extensión de la oferta manifestando que su objeto es, entre otros, que la documentación de las ofertas sea homogénea en cuanto al tamaño y forma de su presentación (ver, en este sentido, la Resolución 60/2014) para facilitar su examen y valoración. Consecuentemente, el señalamiento en los pliegos del contrato de un requisito formal para la presentación de ofertas como el recurrido es perfectamente posible y legítimo. Igualmente, es cierto que 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 respetado las reglas fijadas en unos pliegos que los licitadores con la presentación de sus propuestas han aceptado de forma incondicional y sin salvedad alguna (cláusula 13. 2º del PCAP).

[Resolución 18/2021](#)

En síntesis, y por lo que afecta al objeto del recurso, los pliegos establecen requisitos formales que la oferta técnica del adjudicatario habría infringido; concretamente, en las fichas y ejemplos que adjunta ISS, el tamaño de la letra es inferior al requerido, lo que debe suponer su exclusión de la licitación. Este motivo de impugnación debe desestimarse por los siguientes argumentos:



- 1) En general, sin perjuicio de los contenidos mínimos que exijan los pliegos, los licitadores gozan de libertad formal para la elaboración de sus ofertas. No obstante, este Órgano ha aceptado (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 60/2014 y 92/2019) la legalidad de la exigencia en los pliegos de requisitos de extensión y forma de las ofertas para conseguir que la documentación presentada sea homogénea y se facilite así su análisis y una evaluación más objetiva. Igualmente, se ha establecido que aceptar proposiciones que no satisfagan el formato exigido otorgaría a éstas una ventaja ilegítima respecto a las que sí han respetado las reglas fijadas en los pliegos y que todos los licitadores han aceptado al presentar su oferta (artículo 139.1 de la LCSP).
- 2) No obstante lo anterior, debe recordarse que los citados límites formales o de extensión deben ser proporcionados a las características del contrato y a la finalidad a cuyo servicio se supeditan. La proporcionalidad ha de ponderarse en el momento de establecer la correspondiente cláusula en los pliegos para no imponer a los licitadores cargas formales que dificulten la elaboración de sus ofertas o que impidan injustificadamente valorar proposiciones materialmente aceptables, lo que sería contrario al principio de libre acceso (artículo 1.1 de la LCSP). El mismo juicio de proporcionalidad debe emitirse cuando, durante el procedimiento de adjudicación, se plantea la interpretación de dicha cláusula, especialmente cuando puede suponer la exclusión del licitador (ver, por ejemplo, la Resolución 137/2016 del OARC / KEAO).
- 3) La cláusula 26 de la carátula del PCAP indica que la oferta se presentará redactada en letra Arial con tamaño 12 e interlineado 1,5, pero también que solo se valorarán las 100 primeras hojas (200 caras). La oferta impugnada incumple la primera condición porque algunas páginas incluyen texto en formato o tamaño diferente; debe señalarse que, en ocasiones, se trata de documentos que no han sido elaborados por el licitador, sino que se trata de documentos elaborados por terceros (certificaciones acreditativas del cumplimiento de normas). No obstante, no se sobrepasa el segundo límite, pues se compone de 192 páginas (caras), bastantes de las cuales están en blanco o incluyen tan solo fotografías sin texto alguno. Examinadas en su



conjunto estas circunstancias, y puestas en consonancia con el contenido de la citada cláusula 26, no puede considerarse que, globalmente, ésta se haya infringido. En este sentido, no es fácil determinar, por ejemplo, si una hipotética conversión de todos los caracteres al tamaño y formato prescrito daría como resultado un texto superior a las 200 páginas efectivas (ver la Resolución 20/2015 del OARC / KEAO). Tampoco se acredita que el adjudicatario haya obtenido una ventaja producto de no satisfacer los requisitos de los pliegos. Si a todo ello se le añade que los rígidos límites marcados por los pliegos no tienen en cuenta matices como los ya señalados de los documentos elaborados por terceros o las páginas en blanco, debe concluirse que la exclusión de la oferta INSS sería completamente desproporcionada.

[Resolución 113/2021](#)

Con carácter general, este Órgano ha venido manteniendo la siguiente doctrina sobre los requisitos formales de las ofertas:

- 4) El OARC / KEAO ha señalado (ver sus Resoluciones 68/2018 y 18/2021) que, sin perjuicio de los contenidos mínimos que exijan los pliegos, los licitadores gozan de libertad formal para la elaboración de sus ofertas. No obstante, también ha aceptado (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 60/2014 y 92/2019) que los pliegos exijan requisitos de extensión y forma de las proposiciones con la finalidad de que la documentación sea homogénea y se facilite así su análisis y una evaluación más objetiva, por ejemplo, porque se induce a los licitadores a centrar sus propuestas en lo esencial y a descartar aspectos accesorios o superfluos. Igualmente, se ha establecido que aceptar proposiciones que no satisfagan el formato exigido otorgaría a éstas una ventaja ilegítima y contraria al principio de igualdad de trato frente a las que sí han respetado las reglas preestablecidas que todos los licitadores han aceptado (artículo 139.1 de la LCSP) porque, entre otras razones, ello podría dar la oportunidad de aportar más información que las que sí han respetado dichas reglas (ver las Resoluciones 20/2015 y 137/2016 del OARC / KEAO).



- 5) No obstante, lo anterior, debe recordarse que los citados límites formales o de extensión deben ser proporcionados a las características del contrato y a la finalidad que los justifica. La proporcionalidad ha de ponderarse en el momento de establecer la correspondiente cláusula en los pliegos para no imponer a los licitadores cargas formales que dificulten la elaboración de sus ofertas o que impidan injustificadamente valorar proposiciones materialmente aceptables, lo que sería contrario al principio de libre acceso (artículo 1.1 de la LCSP). El mismo juicio de proporcionalidad debe emitirse cuando, durante el procedimiento de adjudicación, se plantea la interpretación de dicha cláusula, especialmente cuando puede suponer la exclusión del licitador (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2021 del OARC / KEAO y el artículo 132.1 de la LCSP).

(...)

Aplicando al caso concreto la doctrina expuesta y, a la vista de la documentación que consta en el expediente, este Órgano entiende que no puede considerarse que la exclusión de la oferta del recurrente sea una decisión ajustada a dicha doctrina:

- 1) En el supuesto analizado, los pliegos indican únicamente que la propuesta técnica tendrá una extensión máxima de 15 hojas en Formato A4. Como bien apunta el recurrente, la cláusula no parece muy adecuada para cumplir el objetivo de homogeneizar la documentación porque no incluye ninguna referencia a factores como el número de palabras, el tamaño de letra o el interlineado, tan relevantes o más que el número de hojas para limitar la información global máxima aceptable. Ello conlleva que la estipulación deba aplicarse con un amplio margen de flexibilidad; de lo contrario, podrían excluirse ofertas que, materialmente, son más breves que otras mucho más extensas y que, sin embargo, han respetado literalmente el número máximo de hojas, lo que sería contrario a los principios de igualdad de trato y proporcionalidad (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP).



- 2) Una vez imprimida, la propuesta técnica del recurrente consta de 32 páginas en formato DIN A4; las dos primeras son una portada con el título del documento y los datos generales de la empresa (nombre, domicilio social, firma del representante...) y el índice, mientras que las treinta páginas restantes se refieren a la metodología de trabajo y a la organización del sistema de comunicación con el cliente, tal y como solicita el apartado 12 del PCAP. Consecuentemente, debe entenderse que la propuesta consta de 30 páginas, pues las dos primeras no contienen información adicional relevante para la aplicación de los criterios de adjudicación, cuya amplitud es precisamente lo que se pretende limitar (ver, “sensu contrario”, la Resolución 121/2020 del OARC / KEAO) y así lo ha entendido el poder adjudicador que en el acta de la Mesa de contratación correspondiente a la sesión de 19 de abril de 2021 manifiesta que para la valoración del alcance de la propuesta de exclusión se han excluido las hojas correspondientes a portadas, índices ... (folio 898 del expediente de contratación).
- 3) A juicio de este Órgano, lo señalado en el apartado 2) anterior supone que se ha respetado el límite formal establecido en los pliegos, pues cada “hoja” tiene dos páginas, una en cada de sus caras. Esta conclusión se ajusta al sentido más común de la palabra y es el más respetuoso con su literalidad (ver la Resolución 93/2020 del OARC /KEAO y el artículo 1281 del Código Civil); así, la Resolución 34/2019 de este Órgano señalaba que, según el Diccionario de la Real Academia Española, página es “Cada una de las dos haces o planas de la hoja de un libro o cuaderno”, por lo que “una hoja está constituida por dos páginas o, lo que es lo mismo, una hoja puede estar escrita por las dos caras”. Asimismo, el principio de transparencia impide interpretar una cláusula susceptible de entenderse en varios sentidos (como podría ser el caso es el caso) eligiendo el más perjudicial de los posibles para el licitador (ver, por todas, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO). Finalmente, no cabe aceptar el argumento de que no tiene sentido hablar de “hoja” en un expediente electrónico, pues es precisamente el poder adjudicador el que ha decidido delimitar la extensión de la oferta por referencias que solo pueden entenderse en un contexto físico (papel), en lugar de optar por



otras más vinculadas a lo sustantivo de la proposición (número de palabras, por ejemplo).

6.1.4. No es necesario que la oferta acate expresamente todos los apartados de los pliegos

[Resolución 43/2020](#)

(...) En primer lugar, es doctrina reiterada de este Órgano que, dado que la presentación de la oferta ya supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad del contenido de los pliegos (artículo 139.1 de la LCSP), no es necesario que la oferta incluya una aceptación o mención expresa de todos y cada uno de los apartados de la documentación contractual, salvo que los propios pliegos lo exijan (ver, por todas, su Resolución 21/2019); (...)

6.1.5. No es parte de la oferta la información contenida en otras fuentes

[Resolución 45/2020](#)

El recurrente alega que el bien ofertado por la adjudicataria incumple la prescripción descrita anteriormente. Sin embargo, en la documentación técnica presentada por RICOH se establece que el modelo IM 350F tiene una velocidad de escaneo de 80 ipm BN y Color, por lo que es claro que sí satisface el requisito mínimo cuyo incumplimiento denuncia el recurso. A este efecto, es irrelevante lo que pueda deducirse de catálogos públicos o páginas web a los que haya accedido el recurrente, y ello por dos razones: la primera, porque la forma de acreditación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigida por los pliegos es la documentación técnica aportada con la proposición y no ninguna otra (ver, por ejemplo, la Resolución 195/2019 del OARC / KEAO), y la segunda, que no puede considerarse como parte de la oferta el contenido de documentos que no se han incluido en ella, que no están protegidos por el secreto exigido en la LCSP hasta su apertura y que, además, como se ha visto en este caso, son modificables sin control alguno, en contra de la



prohibición legal de negociar las ofertas o de alterarlas después de su presentación en el procedimiento abierto (artículo 156.1 de la LCSP).

6.1.6. Ofertas a importe “0”

[Resolución 73/2021](#)

El fundamento del acto impugnado es, en síntesis, la consideración de que la oferta ha sido formulada en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil); por su parte, SIA alega que la proposición de ciertos precios unitarios a importe “0” es “irreal”. A juicio de este Órgano, estos argumentos no son aceptables por los siguientes motivos:

- 1) No cabe deducir el carácter fraudulento de la oferta sobre la base de que su objetivo es lograr la máxima puntuación (o, lo que es lo mismo, minimizar la puntuación de los competidores) porque, precisamente, ése es el camino que conduce a la adjudicación del contrato y a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa (ver en este sentido la Resolución 43/2013 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, no es razonable exigir a los licitadores que renuncien a plantear su oferta de la forma que mejor la optimice en términos de puntuación, y mucho menos penalizar esa actuación con la exclusión del procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 4/2017 del OARC / KEAO).
- 2) No se puede concluir que la oferta haya sido realizada en fraude de ley cuando es el propio pliego el que ha inducido su contenido al establecer la ponderación, el valor relativo que se otorga a cada precio unitario y las fórmulas de cálculo de la puntuación, todo lo cual, unido a la falta de límites máximos (a excepción de dos de los precios unitarios) o mínimos para la oferta de los precios, permite a la recurrente rebajar hasta el extremo de 0 euros el precio unitario de determinados conceptos sin que incurra en temeridad. Además, para que la conducta de la recurrente pudiera ser calificada de fraudulenta, el artículo 6.4 del Código Civil requiere la obtención de un fin contrario al ordenamiento jurídico y no puede ser considerado como precepto o principio



jurídico infringido el alegado por el poder adjudicador de que se desvirtúan las fórmulas con la finalidad de que el resto de los licitadores obtenga 0 puntos pues, que el licitador pretenda conseguir la máxima puntuación y que sus competidores obtengan la mínima posible, con respeto a las reglas establecidas en las bases, es algo consustancial a los procedimientos de concurrencia competitiva.

- 3) Finalmente, este Órgano entiende que la opción adoptada en la oferta del recurrente no puede considerarse una práctica empresarial inadecuada. En primer lugar, nada obliga a los licitadores a repercutir íntegra o parcialmente el coste de cada prestación en el correspondiente precio unitario. De hecho, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se deduce que incluso las ofertas a “0” euros por el total de la prestación son aceptables en un procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que pueda verificarse su viabilidad mediante el procedimiento que la LCSP prevé en su artículo 149 para las bajas incurso en presunción de anormalidad (STJUE de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685), y sin matización alguna sobre su efecto en la valoración del resto de las ofertas. En este sentido, no es infrecuente en el tráfico mercantil, ni tiene nada de reprochable, que los operadores económicos formulen o negocien sus ofertas proponiendo determinadas prestaciones de un contrato sin un precio adicional concretamente asignado para ellas en el contexto de un negocio jurídico que esperan perfeccionar con una contraprestación monetaria que estiman globalmente lucrativa, asumiendo el riesgo de que, finalmente, no se dé tal resultado. En su caso, corresponde al poder adjudicador ser consciente de dicha práctica para tenerla en cuenta en el diseño de los criterios de adjudicación y de los requisitos de presentación de la oferta económica.

[Resolución 194/2022](#)

(...) merece la pena recordar que nada obliga a los licitadores a repercutir íntegra o parcialmente el coste de cada prestación en el correspondiente precio unitario. De hecho, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se deduce que incluso las ofertas a “0” euros por el total de la



prestación son aceptables en un procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que pueda verificarse su viabilidad mediante el procedimiento que la LCSP prevé en su artículo 149 para las bajas incursas en presunción de anormalidad (ver la STJUE de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685). En este sentido, no es infrecuente en el tráfico mercantil, ni tiene nada de reprochable, que los operadores económicos formulen o negocien sus ofertas proponiendo determinadas prestaciones de un contrato sin un precio específico o adicional concretamente asignado para ellas en el contexto de un negocio jurídico que esperan perfeccionar con una contraprestación monetaria que estiman globalmente lucrativa, asumiendo el riesgo de que, finalmente, no se dé tal rentabilidad, estrategia que han seguido, en el caso analizado, dos de las tres licitadoras (ver, por ejemplo, la Resolución 73/2021 del OARC / KEAO).

6.1.7 Oferta económica que infringiría el convenio colectivo aplicable

[Resolución 059/2023](#)

Considera la recurrente que la oferta que efectúa el adjudicatario impugnado de 22 euros/ hora por los servicios a prestar en horario nocturno (frente a 27,50€/hora diurna) infringe el Convenio Colectivo de aplicación, por cuanto que este exige que la retribución nocturna sea un 20% más elevada que la diurna (plus de nocturnidad).

Este motivo de impugnación ha de ser desestimado por las siguientes razones.

- 1) Como bien señalan tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada es de plena aplicación al caso presente la doctrina de este Órgano recogida en la Resolución 47/2022 y que establece que No puede ser aceptada la alegación de que la cantidad ofertada por dichos servicios no cubre los costes salariales, porque nos hallamos ante dos cuestiones diferentes: una cosa es el precio ofertado por unos servicios que representan una prestación residual en el conjunto de la oferta y otro el incumplimiento de la empresa de sus obligaciones salariales, lo cual no se puede deducir sin más de la oferta efectuada, sin perjuicio de la eventual temeridad, y se comprobará en la fase de ejecución del contrato. Además, se ha de tener en cuenta que estos precios unitarios, que representan un porcentaje muy bajo del PBL, pueden ser compensados por la globalidad de la oferta.



- 2) A este respecto, debe indicarse a la recurrente que el cumplimiento de las obligaciones salariales (el plus de nocturnidad, en el presente supuesto) es una cuestión propia de la ejecución del contrato, esto es, no puede presuponerse dicho incumplimiento durante la fase de licitación, salvo en los supuestos en los que la proposición globalmente estudiada, no por precios unitarios como pretende TECMAN (cuestión que se desarrollará en el siguiente apartado de este fundamento jurídico), evidencie de forma inequívoca la voluntad del licitador de incumplir los niveles salariales del Convenio Colectivo de aplicación. Téngase en cuenta que el hecho de ofertar un precio unitario igual al máximo presupuestado o muy cercano al mismo tampoco asegura ni al poder adjudicador ni a los trabajadores que durante la ejecución del contrato se vayan a abonar los salarios de acuerdo con la normativa laboral correspondiente. En definitiva, dicho hipotético incumplimiento habrá de verificarse durante la ejecución del contrato y, al margen de suponer causa de resolución del contrato (artículo 211.1 i) de la LCSP), la exigencia del cumplimiento de dichas obligaciones habría de instarse ante las autoridades laborales correspondientes.
- 3) Por último, la adjudicataria ha presentado una oferta económica en la que puede observarse que el gasto total para la empresa de la suma de los precios unitarios/hora de los servicios a prestar bajo demanda (entre los que se encuentran los servicios a prestar en horario nocturno) es superior al coste que el cumplimiento del Convenio Colectivo implica para dichos servicios, lo que supone otro indicio que sirve para rebatir el argumento de la recurrente.

6.1.8 Duplicidad de proposiciones

[Resolución 34/2023](#)

La recurrente alega que el adjudicatario debe ser excluido del procedimiento de adjudicación por presentar la oferta en dos formatos distintos. Este motivo de recurso no es aceptable por las siguientes razones:



- 1) El artículo 139.3 de la LCSP establece que, sin perjuicio de ciertos supuestos que no vienen al caso, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, ni podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal; la infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas suscritas por el infractor. En el caso analizado es claro que no hay duplicidad de proposiciones, sino simplemente una misma oferta presentada en dos formatos distintos. Este hecho no es, por sí solo, una irregularidad que invalide la proposición, y el recurrente (a quien corresponde la carga de la prueba) no ha alegado ni acreditado que haya discrepancias en el contenido de ambas versiones.
- 2) Una vez descartado que sea aplicable el artículo 139.3 de la LCSP, se observa que el recurso tampoco expresa cuál es el precepto legal o apartado de los pliegos infringido porque se pueda “escoger distintos formatos de una misma oferta” ni por qué esta posibilidad de elección merece la exclusión. Este Órgano entiende que tampoco hay infracción del modo de presentación de las ofertas establecido en los pliegos y que, en todo caso, se trataría de una irregularidad que no merecería la exclusión del licitador, pues bastaría con ignorar uno de los dos formatos y dar por bueno el otro.

6.1.9 No hay un trámite de “ratificación de la oferta”

[Resolución 190/2024](#)

El recurrente señala que el adjudicatario no ha ratificado su proposición (ni el poder adjudicador se lo ha requerido) a pesar del tiempo transcurrido desde su presentación y de alteración de algunas circunstancias desde ese momento (incremento del precio del papel). Este motivo de impugnación debe desestimarse, pues no hay norma que establezca la necesidad de dicha ratificación (de hecho, en el recurso no se identifica ninguna).



6.1.10 Penalización de una oferta por la lengua oficial en la que está escrita

[Resolución 200/2024](#)

No obstante lo anterior, debe señalarse que, en uno de los epígrafes cuya puntuación se impugna, la valoración infringe el fondo parcialmente reglado fijado en los pliegos. En concreto, en el subcriterio “Protocolos de actuación en accidentes” se penaliza a la recurrente por un aspecto que no puede entenderse comprendido en su descripción, como es la consideración de que unos anexos de dichos protocolos no se encontraban redactados en euskera, lo que dificulta que los cuidadores puedan prestar el servicio en euskera. Dicho argumento no es aceptable, puesto que lo que ha de valorarse en este subcriterio, según su propia literalidad, es el protocolo en sí, no en qué idioma de los dos oficiales de la CAE se encuentra escrito, a lo que debe añadirse que el PCAP no exige la presentación de la oferta en euskera. Además, el PCAP, de acuerdo con la legislación vigente (ver, por ejemplo, el artículo 13.1 b) del Decreto 19/2024, de 22 de febrero, de normalización del uso del euskera en el Sector Público Vasco y artículo 7.8 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi) establece como obligación esencial del contrato los requisitos que garantizan los derechos lingüísticos de las personas receptoras del servicio, no de quienes lo prestan. Téngase en cuenta, que ese mismo argumento podría utilizarse para la valoración de la oferta técnica en su conjunto (49 puntos), lo que penalizaría absolutamente a las empresas que presentaron sus ofertas en castellano por el mero hecho de utilizar una de las dos lenguas oficiales de la CAE, lo cual no es admisible.

6.1.11 Momento para apreciar la incompatibilidad de la oferta con las reglas de participación en el procedimiento de adjudicación

[Resolución 032/2024](#)

(...) el hecho de que la exclusión se haya resuelto tras haberse realizado una propuesta de adjudicación en favor de la hoy recurrente no tiene trascendencia jurídica pues, como es bien sabido, la citada propuesta no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración (artículo 157.6 LCSP) y, por otro lado, la LCSP no establece un momento procesal preclusivo concreto para apreciar la



incompatibilidad de la oferta con las reglas de participación en el procedimiento (ver, si bien referida al incumplimiento de las prescripciones técnicas, pero asimismo aplicable a este supuesto, la Resolución 62/2021 de este OARC / KEAO).

6.2. Plazo de presentación

6.2.1. Inferior al establecido en la norma

[Resolución 175/2018](#)

El recurrente afirma que el plazo de presentación de ofertas establecido en el anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) del 13 de septiembre, que finaliza el día 10 de octubre a las 14:00 horas, es contrario al artículo 156 de la LCSP por ser más breve que el que este precepto establece como mínimo en su apartado 2 (35 días). Como bien indica Osakidetza, aunque la regla general (artículo 156.2 de la LCSP) es que el plazo de presentación de proposiciones no sea inferior a treinta y cinco días contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, el artículo 156.3 c) de la LCSP lo reduce en cinco días si el órgano de contratación acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos. Esta circunstancia concurre en el presente caso (ver, por ejemplo, la cláusula 12 del PCAP y las cláusulas 19.6.1, 20.5 y 24 de sus cláusulas específicas), por lo que, dado que el envío al DOUE se produjo el día 10 de septiembre, el plazo de 30 días finalizaría el día 10 de octubre.

El anuncio de la licitación establece el 10 de octubre como fecha límite para la presentación de ofertas en su apartado IV.3.4, pero especificando que solo hasta las 14:00 horas de dicho día. Consecuentemente, el plazo fijado no llega al mínimo legal porque su último día no se computa íntegramente como parte de él, sino solo sus catorce primeras horas; dicho de otro modo, el plazo ofrecido es de 29 días y 14 horas, y no de treinta días. Esta apreciación es, además, coherente con el artículo 31.2 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, que establece que los registros electrónicos permitirán la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro horas, lo que hace que la limitación horaria establecida,



además de contraria a la LCSP y a este precepto, sea superflua y difícilmente entendible. Por todo ello, este motivo de recurso debe estimarse.

[Resolución 102/2019](#)

Debe tenerse en cuenta que los días deben entenderse naturales, si bien si el último día del plazo fuera inhábil (como en este caso), este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (ver la Disposición Adicional Duodécima de la LCSP), lo cual significa que el plazo no concluye hasta finalizar la última hora del último día del plazo, pues de lo contrario, el plazo del que disponen los licitadores no sería íntegro por no incluir completo el último día del mismo. Esta solución es la que figura en el artículo 3.2 b) del Reglamento CEE EURATOM 1182/71, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, así como el Considerando 106 de la Directiva 2014/24, que declara esta norma aplicable a los plazos establecidos en ella y, si bien el contrato analizado no está sujeto a regulación armonizada y por tanto no es aplicable directamente al asunto que nos ocupa, sirve de pauta interpretativa de cómo efectuar el cómputo de los plazos de presentación de ofertas.

Dado que en el presente caso los potenciales licitadores no disponen en su totalidad del citado último día del cómputo, debe entenderse que el plazo de presentación de ofertas incumple el artículo 156.6 de la LCSP, por lo que el motivo de recurso basado en la insuficiencia de dicho plazo debe estimarse.

6.2.2. Proposición presentada fuera de plazo por supuesto mal funcionamiento de la Plataforma

[Resolución 167/2019](#)

La base de la impugnación planteada es la alegación de que si la proposición de LOGSA no tuvo entrada en el plazo previsto en el anuncio de licitación fue por causas imputables al mal funcionamiento de la Plataforma y a la insuficiente asistencia prestada por sus servicios técnicos. A juicio de este OARC / KEAO, esta alegación no puede aceptarse y, consecuentemente, el recurso debe desestimarse por las razones



que a continuación se exponen (ver, en el mismo sentido, la Resolución 182/2018 del OARC / KEAO):

1) En el expediente consta que el plazo de presentación finalizaba a las 9:30 del día 26 de junio, y la propia recurrente señala que a las 8:00 del mismo día procedió a habilitarse temporalmente para acceder al expediente. Si bien es cierto que los operadores económicos interesados deben disponer de la totalidad del plazo de presentación, de tal modo que sea indiferente qué momento elijan para hacer llegar su oferta al poder adjudicador, siempre que esté dentro de dicho plazo, es claro también que una empresa que opte por utilizar un periodo tan apurado debe ser consciente de que corre el riesgo de no disponer de un margen suficiente para solucionar posibles incidencias fortuitas o imputables a ella misma; tampoco puede pretender que la asistencia técnica facilitada por la Plataforma para ayudar en el proceso de envío sea tan eficaz en ese caso como cuando se trabaja sin tanta premura (debe tenerse en cuenta que la recurrente afirma que inició los intentos de contactar con dicha asistencia a las 8:30).

2) El informe emitido por el Responsable de Contratación Electrónica, que goza de presunción de veracidad por estar emitido por un funcionario público en razón de su cargo, indica que no ha habido fallo alguno en los sistemas informáticos o en los servicios de asistencia que haya impedido o dificultado la presentación de la oferta; por el contrario, dicho informe sí señala que se había realizado una habilitación temporal para licitar por una empresa distinta de la recurrente.

3) Por último, no cabe entender aplicable el artículo 136.2 de la LCSP (que permite ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas, de forma que todos los posibles interesados en la licitación puedan tener acceso a la información necesaria para elaborar estas), entre otras razones, porque su aplicación se condiciona a que el interesado hubiera formulado con la debida antelación su requerimiento de información (apartado 3 del artículo 138 de la LCSP), lo que aquí no se cumple.

4) A la vista de todo ello, no es necesario acceder al requerimiento de prueba solicitado en el recurso, pues se refiere a cuestiones que ya han sido acreditadas en el procedimiento.



6.2.3. Oferta presentada fuera de plazo por huelga

[Resolución 79/2020](#)

Las bases de la convocatoria, en concreto el anuncio publicado en el perfil de contratante, señala como plazo máximo de entrega de las ofertas contractuales el día 30 de enero de 2020 y el recurrente reconoce que la oferta se entregó el día 31 de enero, una vez transcurrido dicho plazo. La circunstancia invocada, la coincidencia en la fecha final de presentación de ofertas con la celebración de una huelga general, carece de las notas de imprevisibilidad y extraordinariedad alegadas por el recurrente. Téngase en cuenta que la convocatoria de una huelga general, que es un derecho fundamental regulado en el artículo 28.3 de la Constitución Española, se hace con la antelación y publicidad suficiente como para que todos los sectores económicos y sociales afectados tengan conocimiento de ella y la administración garantice la prestación de los servicios mínimos esenciales. Consecuentemente, siendo la recurrente un operador económico cualificado y teniendo conocimiento de dicha circunstancia, debió tomar las medidas necesarias para que la huelga no fuera un impedimento para tomar parte en el procedimiento de adjudicación del contrato.

(...)

Consecuentemente, únicamente cabe achacar a la falta de diligencia de la recurrente la presentación extemporánea de su oferta. Téngase en cuenta que los requisitos formales de presentación de las ofertas (plazo y lugar) son una garantía del principio de igualdad y transparencia que deben presidir el procedimiento de adjudicación del contrato (artículo 1 de la LCSP).

6.2.4. Cómputo completo del último día del plazo

[Resolución 170/2021](#)

Ahora bien, en el presente supuesto se plantea, si bien de forma indirecta, la cuestión relativa al plazo límite de presentación de las muestras. En relación a esta cuestión, este OARC/KEAO en su Resoluciones 22/2012 y 48/2018 ha señalado que:



- Según el Informe de 23/09, de 25 de septiembre de la Junta Consultiva del Estado, “debe sentarse el criterio de que para determinar si la presentación de documentaciones se ha hecho o no en plazo deberá atenderse a la hora establecida en el anuncio cuando la hora se haya expresado como límite final del plazo, o exclusivamente al día cuando no se haya hecho expresión de ésta o en caso de haberse hecho no lo haya sido con la finalidad de marcar el final del plazo sino simplemente, de forma indicativa, las horas de apertura al público de las oficinas de registro

Conforme a la Disposición final cuarta de la LCSP, los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias. El artículo 80.2 Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre dispone que los sobres que contienen las ofertas contractuales (y la muestra, en el presente supuesto, es parte inexcusable de la oferta) habrán de ser entregados en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio o enviados por correo dentro del plazo de admisión señalado en aquél. Ni en los anuncios que daban publicidad al procedimiento de adjudicación que nos ocupa, ni en los pliegos que lo regulan se fijó una hora máxima del día final para la presentación de las muestras, ni lugar alternativo al establecido, por lo que la admisión de las mismas debió permitirse hasta las 23:59.59 horas del día 23 de junio. Dado que las partes no discuten que la recurrente intentó hacer entrega de las muestras el día 23 de junio (dentro de los dos días hábiles) en el lugar señalado por los pliegos y que no fue posible hacerlo, a juicio de este Órgano resulta desproporcionado adoptar un acto de tan graves consecuencias como la exclusión del licitador con la justificación de la entrega extemporánea debido a que el único lugar de recepción de las muestras permitido por la documentación contractual se encontraba abierto solamente desde las 8:00 horas hasta las 15:00. Y ello, porque (i) dicho horario que fue comunicado de forma verbal a los licitadores contravenía radicalmente el plazo inicialmente establecido en los pliegos lo que supone una infracción clara del principio de transparencia que debe regir todo el procedimiento licitatorio, y (ii) porque no se estableció ningún lugar o medio alternativo de entrega de forma que permitiese la misma más allá de las 15:00 horas.



Consecuentemente, este Órgano considera que no cabe justificar la exclusión de la recurrente en base al principio de igualdad, por cuanto que el poder adjudicador ha infringido previamente el principio de transparencia al limitar el plazo efectivo de entrega.

6.2.5. Suspensión del plazo de presentación de proposiciones

[Resolución 83/2022](#)

AT CAPITAL solicita que la oferta de E-RENTIG sea excluida por haber sido presentada de forma extemporánea, esto es, cuando el plazo de presentación se encontraba suspendido por retroacción del procedimiento y antes de que se estableciera un nuevo plazo de presentación. A juicio de este Órgano, la alegación no puede ser estimada por las siguientes razones:

- 1) Como bien indica el poder adjudicador, la suspensión del plazo de presentación de ofertas opera como garantía de los licitadores por lo que, en ningún caso, puede suponerles un perjuicio. Por ello, no puede aceptarse la pretensión de la recurrente de que las ofertas entregadas en dichas circunstancias deban ser consideradas extemporáneas o tenerlas por no presentadas.
- 2) Debe recordarse que el carácter preclusivo que tiene el plazo de presentación de proposiciones impide la admisión de ofertas una vez finalizado el mismo, pero no puede predicarse para la aceptación de ofertas en momentos en los que, estando suspendido el plazo, éste no se encontraba agotado. Es por ello, que la suspensión de plazos no impidió a E-RENTING presentar su oferta a través de la propia plataforma electrónica de contratación.
- 3) Por otro lado, en el presente caso la aplicación de la conservación de los trámites procedimentales establecida en el artículo 51 de la LPAC (que obliga a las Administraciones Públicas) practicada por el Ayuntamiento con la admisión de la oferta de E-RENTING se encuentra ajustada a derecho, pues, la licitación (que no fue cancelada) siguió su curso, por lo que debían



conservarse no solo los trámites, sino también el resto de los actos administrativos no afectados por algún tipo de irregularidad, como el propio PCAP. No debe olvidarse que lo que se suspende es un plazo con el fin de que no llegue a su término, pero no el procedimiento licitatorio que sigue siendo el mismo y continua su tramitación, en este caso, con la rectificación y posterior aprobación del PPT.

- 4) Por último y a juicio de este Órgano, la recurrente no acredita el perjuicio ilegítimo que la decisión de admisión de la oferta de E-RENTIG en las condiciones señaladas le ha podido causar, y tampoco se observa que la presentación temprana de la proposición otorgue una ventaja a E-RENTING respecto del resto de licitadores (más bien al contrario, pues pudiera incumplir alguna característica del PPT corregido) que han dispuesto de los mismos 35 días naturales para la presentación de sus proposiciones.

6.2.6 Ampliación del plazo para completar el contenido de las proposiciones

[Resolución 205/2023](#)

La recurrente alega que la decisión de la Mesa de ampliar el plazo para completar las Memorias técnicas supone una infracción no subsanable del procedimiento que debe conllevar a la anulación del acuerdo de adjudicación, acto impugnado. Al respecto, se exponen a continuación las consideraciones de este Órgano que concluyen en la desestimación del motivo impugnatorio por estos motivos:

- 1) Este OARC/KEAO comparte con la recurrente que la actuación de la Mesa supone una infracción del procedimiento, pues no cabe después de la apertura de los sobres ampliar el plazo para completar su contenido. Dicho proceder es contrario al principio de inmutabilidad de la oferta, que impide su negociación o reelaboración una vez presentada (ver, por ejemplo, el artículo 156.1 LCSP).
- 2) Por otro lado, la justificación dada por el poder adjudicador para la toma de dicha decisión tampoco es aceptable, pues la alteración del contenido de una



cláusula del pliego que, nada más y nada menos, se refiere a la forma de presentación de un componente esencial de la oferta (Memoria técnica) y a su forma de valoración no puede considerarse un error material, de hecho o aritmético, sino una modificación del pliego por lo que lo procedente era la retroacción de las actuaciones, según establece el artículo 112.1 LCSP.

- 3) Dicho lo anterior, lo que no comparte con la recurrente este Órgano es que dicha irregularidad conlleve a la nulidad del procedimiento y, más específicamente atendiendo a su petición, a la nulidad del acuerdo de adjudicación. Y ello porque este OARC/KEAO considera que la irregularidad cometida no ha influido en el resultado de la licitación ni puede invalidarla. En efecto, analizado el expediente se observa que la adjudicataria no hizo uso de dicho plazo adicional para ampliar o completar su oferta, esto es, ésta permaneció inalterada, por lo que dicha actuación irregular del órgano de contratación no puede ser utilizada contra CONCHI, S.L, que se limitó a cumplir durante el procedimiento de adjudicación con lo requerido por los pliegos. Por otra parte, la recurrente no acredita en qué le ha perjudicado dicha decisión de ampliación ni cómo ha influido en la adjudicación impugnada. Consecuentemente, debe aplicarse con moderación la normativa sobre invalidez de los actos administrativos, lo que supone que la apreciación de los vicios de nulidad debe tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, siendo contraproducente una nulidad de actuaciones que conllevaría la reproducción de las mismas para llegar al mismo resultado (ver, por todas, la Resolución 55/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

6.2.7 Ampliación del plazo de presentación de ofertas

[Resolución 189/2023](#)

La recurrente alega que la adjudicación ha de ser anulada por la falta de motivación en la ampliación del plazo para la presentación de ofertas. Si bien no consta en el expediente motivación alguna por la que se decidió la ampliación de dicho plazo ni que dicho acuerdo se publicara en el perfil del contratante con anterioridad al vencimiento del primer plazo establecido, estas deficiencias procedimentales,



ciertamente graves, no implican, sin embargo, la nulidad de la licitación y, concretamente, de la propia adjudicación en estos momentos como pretende la recurrente, porque (i) consta en el expediente que tanto la recurrente como la adjudicataria presentaron su oferta en el plazo ampliado, esto es, hicieron uso de dicha ampliación para la elaboración de sus ofertas, de forma que el principio de igualdad de trato no ha sido vulnerado y (ii) la recurrente no ha acreditado qué concreto perjuicio le ha causado dicha inmotivada ampliación en relación con el acuerdo de adjudicación que ahora se impugna, pues, además de lo anteriormente indicado, la solicitante de dicha ampliación finalmente no participó en la licitación.

6.3. Secreto de la oferta y valoración separada

6.3.1. Doctrina general

[Resolución 155/2023](#)

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 2/2023) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio, establecida en el artículo 146.2 de la LCSP, 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 dicho juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que emitirlo conoce también 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 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.

Para garantizar la valoración separada, el artículo 26 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, establece 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 para evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos. La sanción al licitador que infringe 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 a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO); en este sentido, la apreciación de la trascendencia de dicha infracción debe efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, evaluando su relevancia y sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma (ver la sentencia del Tribunal Supremo de 4/5/2022, nº 523/2022, ECLI.ES:TS:2022:1642). Siguiendo estos criterios, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018), la que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018), la que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o la que es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

[Resolución 027/2023](#)

Debe rechazarse el argumento de las recurrentes de que el conocimiento anticipado de los datos no permite ninguna discrecionalidad o posibilidad de manipulación por



referirse a un criterio que se aplica con una simple operación matemática. En primer lugar, cuando se infringe el sistema de valoración separada previsto en la LCSP la información afectada siempre es, por definición, relativa a los criterios sujetos a fórmula. En segundo lugar, los criterios cuya evaluación objetiva se ve perjudicada son precisamente los sujetos a un juicio de valor, en los que el uso del margen de apreciación que les es propio se ve mediatizado por el citado conocimiento prematuro de los datos relativos a los criterios automáticos, siendo irrelevante que dichos datos sean o no los efectivamente introducidos en el sobre B, extremo que, además, se desconoce en el momento en el que el poder adjudicador ha de tomar la decisión de apreciar la posible infracción (ver la Resolución 21/2019 del OARC / KEAO, citada en el informe de respuesta al recurso).

6.3.2. Vulneración material del secreto

[Resolución 157/2018](#)

Resulta relevante para la cuestión planteada reseñar que la infracción de la regla debe ser material y no meramente formal, siendo preciso que efectivamente se vulnere la objetividad que el sistema de valoración separada pretende garantizar (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2013 del OARC / KEAO).

[Resolución 12/2020](#)

Finalmente, la actuación de la Administración ha contradicho materialmente el principio de valoración separada del artículo 146.2 de la LCSP. Debe tenerse en cuenta que el informe técnico que sustenta la evaluación del criterio discrecional “Valoración técnica de la prestación P5 Obras de mejora de ejecución voluntaria por el adjudicatario” no hace ninguna mención a que alguna de las mejoras propuestas en él por el recurrente no fuera realmente una “inversión en intervenciones de mejora de ejecución voluntaria”, lo que resulta llamativo a la vista del abultado porcentaje de obras y de importe que luego se ha descontado en la aplicación del criterio automático. Por lo tanto, el descuento efectuado, al estar basado en apreciaciones contrarias a las



que fundamentan la puntuación atribuida en los criterios discrecionales o de dicho descuento es, de hecho, una revisión de la evaluación de dichos criterios, efectuada a la vista de la documentación sobre criterios automáticos.

[Resolución 178/2020](#)

En la presente impugnación no se discute si la recurrente ha cometido el error de incluir en el sobre “A” determinado contenido documental que debió incluirse en el sobre “B”, pues dicha circunstancia es admitida por las partes. El debate se suscita en la consecuencia que debe derivarse de ello. A juicio de este Órgano, deben estimarse los motivos impugnatorios de BERMIO PRINT por las siguientes razones:

- 1) En la licitación no existe ningún criterio sometido a juicio de valor que haya de ser valorado, pues todos los criterios de valoración son cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Tal y como señala la Resolución 244/2018 del Tribunal Central Administrativo de Recursos Contractuales, esta circunstancia resulta trascendental para decidir la cuestión, pues al estar tasado el modo en que se van a valorar los criterios, no dependiendo de ningún juicio de valor, la mesa de contratación debe ajustarse a él. Por ello, para la adjudicación no es necesaria realizar la valoración previa o separada que la LCSP exige en sus artículos 146 y 159 única y exclusivamente para cuando coexisten en el procedimiento criterios de adjudicación objetivos y subjetivos, y, consecuentemente, desaparece la posibilidad de que pueda producirse el “efecto halo” en la atribución de las puntuaciones.
- 2) En este mismo sentido, el carácter automático de los criterios de adjudicación implica que la labor de la mesa de contratación se limita a aplicar las fórmulas y a sumar los puntos obtenidos. Así, no puede vulnerarse el principio de igualdad de trato entre los licitadores, ni el secreto de la oferta, pues el conocimiento previo de algún aspecto o dato relativo a sus proposiciones no va a poder afectar a las valoraciones, es decir, va a ser irrelevante para la adjudicación. Por ello, y dado que el anticipo de dicha información no tiene trascendencia alguna en la objetividad e imparcialidad del órgano de contratación, el error cometido por la recurrente a la hora configurar el



contenido de los sobres no puede conllevar la exclusión automática de la oferta (ver, por ejemplo, la Resolución 198/2019 del OARC/KEAO).

[Resolución 122/2021](#)

(...) A partir de aquí, lo cierto es que quien tenga que valorar los criterios discrecionales ya conoce determinados aspectos que anticipan el contenido de la propuesta relativa a los criterios automáticos, y aun siendo cierto, como alega el poder adjudicador, que las empresas recurridas obtuvieron una puntuación mínima en el criterio de adjudicación subjetivo, dicha cuestión es irrelevante (ver, por ejemplo, la Resolución de este Órgano 14/2021); téngase en cuenta que, en el momento en el que se verifican los criterios discrecionales se desconoce cuál puede ser la diferencia de puntos final, y que lo decisivo es que la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor pudo verse comprometida por el conocimiento de datos relevantes para calcular el resultado de los criterios sujetos a fórmula, sin que sea necesaria una prueba efectiva de dicha contaminación. En este sentido se pronuncia en Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5050) al afirmar que: (...) Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas de objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando. Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un perjuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea.

6.3.3. Relevancia procedimental de la calificación del criterio de adjudicación como automático

[Resolución 12/2020](#)



Como se ha señalado anteriormente, el criterio debatido se establece en unos pliegos firmes y consentidos, vinculantes también para el órgano de contratación. La citada vinculación no solo implica respetar en el procedimiento de adjudicación el contenido del criterio, tal y como se establece en los pliegos, sino también su misma condición de criterio automático, igualmente fijada en la documentación contractual; en este sentido, la sola clasificación del criterio como sujeto a fórmula tiene ya varias consecuencias relevantes, como son el orden de apertura del archivo en el que se contiene para garantizar la evaluación separada establecida en el artículo 146.2 de la LCSP y, especialmente por lo que importa al asunto, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con la paralela consecuencia de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.

6.3.4. Rectificación de la evaluación de un criterio de adjudicación sujeto a fórmula

[Resolución 45/2021](#)

(...) lo cierto es que el poder adjudicador, mediante el informe de fecha 9 de diciembre de 2020 aceptado por la Mesa de contratación en su sesión de fecha 14 de diciembre, reconoce errores en la valoración del criterio de adjudicación “Procesos de Coordinación con el Departamento de Cultura y Asesoría Técnica” que motivan la alteración de la valoración inicial en dicho concreto criterio de adjudicación y esta actuación se produce una vez conocido y valorado el contenido de los archivos electrónicos que contenían las oferta evaluables conforme a los criterios automáticos. A todo ello se ha de sumar la circunstancia de que el método de valoración legítimamente seguido por el evaluador en el informe inicial de valoración del criterio de adjudicación debatido impide deducir indubitadamente cuál hubiera podido ser la valoración en un supuesto como el que nos ocupa, de errores detectados con posterioridad al conocimiento de la oferta evaluable conforme a criterios automáticos. En conclusión, en el supuesto que nos ocupa la revisión de la puntuación efectuada por la Mesa de contratación en su sesión de 14 de diciembre (donde se otorgan a la oferta de la recurrente 3 puntos adicionales en el criterio “Procesos de Coordinación con el Departamento de Cultura y Asesoría Técnica” frente



a los siete solicitados) ha supuesto la alteración del iter procedimental establecido en la LCSP para salvaguardar la objetividad y el acierto en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, lo cual ha podido posibilitar que se haya dado un trato desigual a la valoración de la oferta.

6.3.5 Infracción de la valoración separada inducida por la configuración de los criterios de adjudicación establecida en los pliegos

[Resolución 132/2023](#)

Por otro lado, a pesar de que el artículo 146.2 LCSP y su desarrollo reglamentario establecen la valoración separada y la forma de garantizarla, y de que el apartado M de la carátula del PCAP reitera este contenido, los pliegos requieren que el licitador presente una “Propuesta de recorridos diarios para la limpieza de los equipamientos objeto del contrato, incluyendo horarios”. Consecuentemente, incluso en el caso de que existiera la infracción, bien podría atribuirse a una configuración de los criterios de adjudicación y de la documentación requerida para evaluarlos no suficientemente respetuosa con el principio de transparencia. De acuerdo con una reiterada doctrina de este Órgano, dicho principio implica, entre otras cosas, que las cláusulas contradictorias de los pliegos o que puedan inducir a confusión sobre el alcance de las obligaciones formales de presentación de la documentación no pueden perjudicar a los licitadores (ver, por todas, su Resolución 25/2021).

6.4. Ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas

6.4.1. Doctrina general

[Resolución 114/2019](#)



La doctrina general de este Órgano sobre la verificación de la anormalidad de las proposiciones figura resumida en su Resolución 69/2019 en los siguientes términos:

- por lo que se refiere a la naturaleza y función de la institución, se trata de una excepción al principio que establece que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, la cual permite excluir las ofertas especialmente ventajosas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser normalmente cumplido si se perfecciona en los términos propuestos.
- la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala 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 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 periclitado anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver también la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante, TACRC).
- en relación a la justificación de su oferta por el licitador incurrido en temeridad, 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; ver, por ejemplo, la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) y ahora, el artículo 149.4 de la LCSP.

- en cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en sospecha de 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; en la Resolución 42/2015 se afirma que se (...) 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 (...) ; esta doctrina es igualmente aplicable al artículo 149 de la LCSP (ver la Resolución 68/2019 del OARC / KEAO).
- 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).

6.4.2. Apreciación de anormalidad basada en un error de hecho

[Resolución 126/2019](#)

A juicio de este Órgano, esta razón no es suficiente para sustentar la exclusión y considerar que ALOKABIDE ha hecho un uso correcto del margen de discrecionalidad técnica que le asiste. Y ello, porque parte de un error de hecho a la hora de valorar la justificación de la baja de la recurrente, ya que considera que el equipo mínimo exigido por los pliegos y ofertado por GIROA debe prestar el servicio en régimen de dedicación exclusiva.

6.4.3. Requerimiento al licitador sospechoso de anormalidad

[Resolución 196/2019](#)

El requerimiento al recurrente para que justifique la viabilidad de su proposición es una reiteración parcial del artículo 149 de la LCSP y no hace ninguna mención a aspectos concretos de la proposición. Este contenido no satisface la exigencia del apartado 4 del citado precepto, que pide que dicho requerimiento se formule con claridad, de manera que el licitador incurso en sospecha de anormalidad esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Esta



irregularidad ha causado indefensión en el recurrente, pues la exclusión, al contrario que el requerimiento, sí se ha fundamentado en dos cuestiones muy concretas que no se citaron en la solicitud inicial. Por otro lado, el poder adjudicador tampoco ha solicitado posteriormente aclaraciones adicionales más específicas que podrían haber despejado la sospecha de anormalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 701/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

[Resolución 7/2021](#)

Así, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión europea de 27 de noviembre de 2001, C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640, la suficiencia de la información aportada por el licitador ha de ser enjuiciada a la vista de la concreta información solicitada por el poder adjudicador, de tal modo que si el órgano de contratación considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta porque le ha suscitado dudas, lo ha de indicar en su requerimiento, sin que quepa que, después de la mera puesta en conocimiento de la empresa de su situación de presunta anormalidad sin mayores concreciones, el órgano de contratación le reproche no haber facilitado exhaustivamente ciertas explicaciones o documentos muy específicos

[Resolución 19/2023](#)

No cabe acceder a la alegación de la recurrente sobre el hecho de que no fue requerida para aportar información adicional o aclaratoria; si bien es cierto que es posible que el poder adjudicador solicite aclaraciones sobre la justificación presentada por el licitador sospechoso de temeridad (ver, por ejemplo, la Resolución 196/2019 del OARC / KEAO), se trata de un instrumento para puntualizar concretos aspectos dudosos de dicha justificación, pero no puede servir para dar la oportunidad al licitador de compensar su falta de contenido.

6.4.4. No cabe defender la viabilidad de la oferta sospechosa con base en supuestos diferentes de los de dicha oferta



[Resolución 120/2019](#)

(...) el principal argumento para solicitar la desestimación del recurso es que la defensa de la viabilidad de la oferta sospechosa de anormalidad se basa en supuestos diferentes de los que fundan la proposición de UTE ATELIER. A juicio de este Órgano, esta razón es suficiente para sustentar la exclusión y considerar que VISESA ha hecho un uso correcto del margen de discrecionalidad técnica que le asiste. Debe recordarse que el último párrafo del artículo 149.4 de la LCSP establece que se entenderá que la justificación aportada por el licitador sospechoso no explica satisfactoriamente la anormalidad del precio cuando, entre otros casos, se base en hipótesis inadecuadas desde el punto de vista jurídico. Dado que la inalterabilidad de las ofertas es una regla fundamental en los procedimientos abiertos como el que se analiza (artículo 156.1 de la LCSP), no puede entenderse conforme a Derecho una explicación que pretende acreditar la viabilidad de la oferta proponiendo su ejecución en términos distintos de los inicialmente propuestos.

6.4.5. La anormalidad debe apreciarse en relación a la globalidad de la oferta

[Resolución 22/2020](#)

(...) En este sentido, debe recordarse que la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual debe comprobarse, consecuentemente, con relación a la globalidad de la oferta. Por ello, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto. Por lo tanto, para la aplicación del artículo 149.4 de la LCSP, es preciso conocer el peso relativo de cada precio unitario en el presupuesto global, dato que en el presente caso consta en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2015 del OARC /KEAO y la sentencia del Tribunal Supremo 4069/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4069, de 17 de diciembre de 2019).



6.4.6. Justificación incompleta de la anormalidad de la oferta

[Resolución 92/2020](#)

El poder adjudicador realiza un cálculo de los costes salariales de la recurrente con los datos aportados por esta tanto en su oferta técnica como en el informe de justificación. La consecuencia es clara: los costes de personal son notoriamente superiores a los justificados por la recurrente, pues en estos últimos no ha sido tenido en cuenta el incremento de la antigüedad en su integridad de la totalidad del equipo propuesto. Al respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 149.4 de la LCSP establece que se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos cuando esta sea incompleta (...), lo que en base al apartado 6 del mismo artículo conllevará la exclusión de la licitación. Si bien es cierto que este Órgano entiende, al igual que otros Tribunales y Órganos de Recursos Contractuales (ver, entre otras, la Resolución 436/2016 del TACRC, la Resolución 163/2016 del Tribunal de Contratos Públicos de Cataluña y la Resolución 385/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura), que cuando el umbral de temeridad ha sido superado en un escaso importe, lo que supone un indicio muy débil de anormalidad, el operador económico no tiene por qué justificar exhaustivamente su oferta, y se exige una motivación mayor para proceder a la exclusión de una oferta de estas características que cuando el margen se supera ampliamente, esta consideración debe decaer ante la incompletud de la justificación. Por otro lado, en el supuesto que nos ocupa, este último ha realizado el esfuerzo necesario para desvirtuar la explicación de la oferta económica de PAYMACOTAS, acreditando que la justificación es incompleta por la razón anteriormente expuesta.

[Resolución 183/2021](#)

La recurrente alega que ha justificado adecuadamente el precio ofertado en orden a acreditar la viabilidad de su oferta. Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso aduciendo la insuficiencia de dicha justificación. A juicio de este Órgano, la pretensión del recurrente no puede prosperar y el recurso debe desestimarse por las razones que se explican a continuación:



- 1) De acuerdo con el artículo 149 de la LCSP, es obligación del licitador explicar de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios ofertado, porque de no hacerlo así el órgano de contratación rechazará su oferta. Y ello porque la existencia de ofertas anormalmente bajas es una mera presunción *iuris tantum* de que la oferta no pudiera ser cumplida, exigiendo un procedimiento contradictorio, en que se da la oportunidad a los licitadores de justificar la viabilidad de su oferta, recayendo sobre ellos la carga de justificar su proposición.

- 2) A juicio de este Órgano, dicha oportunidad no ha sido aprovechada por la recurrente, pues concurre lo señalado en el último párrafo del apartado 4 del artículo 149 de la LCSP en lo que a la justificación incompleta se refiere. En efecto, si bien el requerimiento efectuado por el poder adjudicador es tan solo una reiteración parcial de lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP, lo cierto es que la respuesta de LAS LLANAS carece de cualquier argumento o justificación que pueda enervar la presunción de temeridad señalada. Es decir, no se desarrolla mínimamente la afirmación genérica sobre los márgenes comerciales y la estructura organizativa de la empresa, a pesar de que son la base de la justificación; tampoco se aporta ningún dato numérico, ni desglose económico, ni ningún documento adjunto que permitan al poder adjudicador comprobar la veracidad de las afirmaciones efectuadas por la licitadora y llegar a la conclusión de que la oferta va a poder ser cumplida. En este sentido, no cabe acceder a la alegación de la recurrente sobre el hecho de que no fue requerida para aportar información adicional; si bien es cierto que es posible que el poder adjudicador solicite aclaraciones sobre la justificación presentada por el licitador sospechoso de temeridad (ver, por ejemplo, la Resolución 196/2019 del OARC / KEAO), se trata de un instrumento para puntualizar concretos aspectos dudosos de dicha justificación, pero no puede servir para dar la oportunidad al licitador de compensar su falta de contenido.



6.4.7. Justificación de la anormalidad basada en una actuación propia ilícita que beneficia al licitador sospechoso y perjudica a los demás

[Resolución 172/2020](#)

A la vista de todo lo anterior, se observa que el poder adjudicador ha efectuado el trámite de verificación de la oferta incurso en valores de anormalidad de conformidad con las exigencias del artículo 149.4 de la LCSP, habiendo solicitado a la recurrente información sobre los puntos precisos de la oferta que han suscitado sus dudas, quien ha podido justificar de su oferta por dos veces. El órgano de contratación ha acordado la exclusión sobre la base de que, resumidamente, en la justificación se modifica la información contenida en la oferta técnica, que los costes laborales incumplen el convenio colectivo y que en lo referente al salario del taquillero se infringe la normativa sobre subrogación. En concreto, alega que la recurrente, en la justificación de su oferta aportada con ocasión del segundo requerimiento, manifiesta que para un total de 1.250 horas anuales se abonará un salario de 14.137,5 €, lo que no guarda proporcionalidad con el salario anual contenido en la documentación que, como adjudicataria del contrato que precede al que ahora se licita, facilitó al poder adjudicador en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP, en la que indicaba que a este personal le correspondía un salario bruto anual de 13.024,080 € para una jornada de 18 horas/semana. A ello opone la recurrente que los datos que en su día facilitó al poder adjudicador se basan en un error y, a tal efecto, aporta un certificado de la empresa encargada de la llevanza de las nóminas, en la que se señala que el número de horas efectivamente prestadas por dicha trabajadora durante el año 2018 ascendió a 1.175,5 horas, que son superiores a las 18 horas/semana que figuran en la información facilitada en su día. A juicio de este Órgano, procede, antes de analizar las demás cuestiones debatidas en torno a la viabilidad de la proposición del recurrente, exponer varias consideraciones sobre la relevancia de esta discrepancia:

- 1) La finalidad de la información que ha de facilitar el contratista saliente sobre el personal a subrogar por el contratista entrante y las consecuencias de facilitar esta información de forma errónea (artículo 130 de la LCSP) es incrementar el nivel de seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación que para los licitadores de un nuevo contrato representa la subrogación en los trabajadores



de un contrato anterior en los supuesto legales en los que ésta procede y, a tal efecto, contempla dos medidas generales (i) que el contratista, que es quien mejor conoce la situación y circunstancias de su personal y su empresa aporte la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación y (ii) establecer un sistema de responsabilidad del contratista saliente junto con una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social y laboral (ver, en este sentido, el Expediente 69/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre “Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”). Así las cosas, la responsabilidad última de determinar qué información se debe facilitar al poder adjudicador para que éste la ponga a disposición de los licitadores o del contratista entrante recae en última instancia sobre el contratista saliente (en este sentido el Informe 126/18 de la JCCPE). Consecuentemente, los errores de la información facilitada por el contratista saliente en ningún caso le podrán beneficiar a él y perjudicar al resto de licitadores ni, lo que es importante para el caso analizado, oponerse válidamente al poder adjudicador, como se deduce, por ejemplo, del artículo 115.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), que establece que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieran causado.

- 2) La recurrente pudo haber puesto de manifiesto la discrepancia analizada en cualquiera de las fases anteriores del procedimiento de adjudicación del contrato, incluida la de la tramitación del procedimiento incidental tendente a apreciar la viabilidad de la oferta donde debe explicar la composición de su oferta, pero lo ha hecho con ocasión de la interposición del recurso especial, cuando este argumento le es favorable para justificar uno de los motivos en los que basa la exclusión de su oferta el poder adjudicador, por lo que esta nueva información, con independencia de que se deba a un error o a una actuación cuando menos negligente, no la puede favorecer, pues sería contrario a la buena fe que se beneficiara de una actuación propia que ha perjudicado a sus competidores (artículo 7.1 del Código Civil), quienes han manifestado durante el procedimiento de tramitación de este recurso especial que han



confeccionado su oferta sobre la base de la información contenida en las bases de la licitación.

- 3) Además de lo ya expuesto, este Órgano estima que el citado documento aportado en fase de recurso no puede ser aceptado en virtud del artículo 118.1 párrafo segundo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que dispone que No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado.
- 4) A juicio de este Órgano, lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores lleva a dar la razón al poder adjudicador cuando alega que la explicación inicial de la viabilidad de la proposición expuesta por la recurrente no justificaba las condiciones de la subrogación en los términos de la información que figuraba en los pliegos firmes y consentidos. En cualquier caso, la justificación de MOLATU debe descartarse porque se basa en una hipótesis o práctica inadecuada desde el punto de vista jurídico (artículo 149.4 de la LCSP), ya que implica obtener una ventaja competitiva ilegítima con infracción de los principios de competencia e igualdad de trato del artículo 1.1 de la LCSP.

6.4.8 Momento para apreciar la anormalidad

[Resolución 143/2020](#)

La justificación solicitada más bien parece obedecer a la voluntad del poder adjudicador de verificar la composición de las ofertas en orden a apreciar su seriedad, es decir, que puede ser normalmente cumplida en sus propios términos y con respeto a los pliegos y a la normativa aplicable, incluida la de carácter social o laboral y los convenios colectivos. La exigencia de una justificación previa de la seriedad de una oferta conculca el espíritu de la Ley 31/2017 y de la DSE en materia de apreciación de las ofertas anormalmente bajas, basado en la previa tramitación de un procedimiento contradictorio (ver, por ejemplo, el apartado 52 de la STJUE, de 27 de



noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640) que no puede sustituirse por otro diferente del legalmente previsto (ver, por ejemplo, las Resoluciones 86/2015 y 129/2017 del OARC / KEAO); de hallarse incurso la oferta en presunción de anormalidad según los parámetros especificados en los pliegos de la licitación, es fundamental que el licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de alegar oportunamente su punto de vista al respecto, ofreciéndosele para ello la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los 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 hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver, en este sentido el apartado 53 de la STJUE de 27 de noviembre de 2001, citada anteriormente). Consecuentemente, no se pueden verificar los componentes de una oferta sospechosa de anormalidad con la justificación aportada junto con la oferta, sino que el inicio del debate contradictorio entre la entidad adjudicadora y el licitador sospechoso, en el que éste debe justificar su oferta, ha de iniciarse con posterioridad a la presentación de las ofertas, una vez abiertas todas las plicas, por lo que el documento omitido tampoco tiene utilidad para este fin.

6.4.9. No cabe apreciar la anormalidad de la oferta si los pliegos no establecen un parámetro para considerarla sospechosa

[Resolución 26/2021](#)

El recurrente alega que la proposición de la adjudicataria es económicamente inviable y de imposible cumplimiento; se apoya para ello en un informe técnico económico que se adjunta al recurso. De acuerdo con lo ya señalado por este Órgano en casos similares (ver la Resolución 8/2021), esta alegación debe desestimarse. La apreciación de que una proposición es inviable porque propone un precio tan excepcionalmente ventajoso que bajo cuya aplicación no es creíble la normal ejecución de la prestación, así como la exclusión de tal oferta, está sujeta al procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP. Por lo que se refiere a los contratos que, como el analizado, se adjudican mediante el uso de varios criterios de adjudicación, dicho procedimiento solo puede aplicarse sobre las ofertas que incurran



en presunción de anormalidad a la vista de la aplicación del parámetro que necesariamente debe incluirse en los pliegos al que se refiere el artículo 149.2 b) de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 125/2017 del OARC / KEAO). En este caso, dicho parámetro figura en la cláusula específica del contrato 22.3.2 y la oferta de la adjudicataria no ha incurrido en la situación que se describe en ella (extremo que el recurso no discute). Consecuentemente, y dado que no es posible sustituir el procedimiento aplicable por cualquier otro ni por ningún análisis de la proposición distinto de los establecidos en el artículo 149.6 de la LCSP (ver, por ejemplo, las Resoluciones 86/2015 y 129/2017 del OARC / KEAO), el motivo de impugnación debe desestimarse, sin que sea necesario ni pertinente que este Órgano valore el contenido del informe en el que se apoya.

[Resolución 144/2021](#)

El recurrente alega que la oferta del adjudicatario impugnado debe ser excluida; concretamente, invoca el artículo 149.4 de la LCSP y alega que ELEROC "...ha podido alcanzar los bajos precios que oferta en base a comprometer el cumplimiento de sus obligaciones laborales, lo cual determina que la oferta presentada deba ser considerada como inviable y de imposible cumplimiento, conllevando la exclusión automática de la misma". Este motivo de impugnación debe desestimarse. El citado artículo 149.4 de la LCSP establece que, en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no satisfacen, entre otros aspectos, las obligaciones aplicables en materia laboral, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP. No consta que la oferta de ELECENOR haya incurrido en sospecha de anormalidad, de acuerdo con los parámetros previstos en los pliegos (artículo 149.2 b) de la LCSP); por ello, no existe el requisito previo para tramitar el procedimiento establecido en el artículo 149.4 de la LCSP, que a su vez es el único cauce legal para determinar, en su caso, la exclusión de una proposición por ser anormalmente baja (ver, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22/6/1989, ECLI:EU:C:1989:256).



[Resolución 199/2021](#)

El recurrente alega que la baja del adjudicatario (un 55,46%) es anormal y que debió ser excluida, a pesar de que los pliegos no establecen un parámetro para considerar una oferta como inicialmente sospechosa de anormalidad; en su caso, se alega que procedería la retroacción de actuaciones para que FISHER justificara la viabilidad de su oferta. Partiendo de la base, aceptada por el recurrente y por los demás interesados, de que los pliegos no incluyen un parámetro objetivo que permita identificar a las proposiciones sospechosas de anormalidad, este motivo de impugnación debe rechazarse. Este Órgano ya ha señalado anteriormente que, a falta de dicho parámetro en los pliegos, el cual necesariamente deben establecer los órganos de contratación, no cabe iniciar el procedimiento de verificación de la anormalidad (ver, por ejemplo, su Resolución 92/2016). La razón es que el presupuesto para iniciar tal verificación es la detección de ofertas sospechosas, y tal calificativo solo puede predicarse de aquellas proposiciones a las que se les haya aplicado el parámetro con resultado positivo.

6.4.10. Parámetro de anormalidad referido “a la oferta considerada en su conjunto”

[Resolución 49/2021](#)

El artículo 149.2 b) de la LCSP establece que, cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación (como en este caso), los pliegos que rigen el contrato establecerán “los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”. El poder adjudicador ha dado cumplimiento a este mandato en la cláusula específica 23.3 del PCAP. A juicio de este Órgano, la interpretación correcta de su contenido es la siguiente:

- 1) Los “criterios” que cita deben entenderse de modo acumulativo; es decir, para que la proposición esté incurso en sospecha de anormalidad deben satisfacerse ambos y no tan solo uno de ellos. Téngase en cuenta que el uso combinado de los dos criterios cumple el mandato legal de considerar la oferta



“en su conjunto” (ver, por ejemplo, las Resoluciones 575/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y 175/2019 del OARC / KEAO); no por casualidad, este mandato no figura para los parámetros de anormalidad de las licitaciones que se resuelven en atención exclusiva al precio, en las que son indiferentes los aspectos cualitativos de las proposiciones. En este sentido, la cláusula permite ponderar no solamente el precio propuesto, sino también la calidad de la oferta. Ello impide, por ejemplo, considerar anormalmente baja una oferta en referencia exclusiva al precio, lo que sería inadecuado en un procedimiento en el que las proposiciones se diferencian también por su calidad; imagínese, por ejemplo, que una de dichas ofertas se limita a cumplir con las prescripciones técnicas mínimas (lo que abarata sus costes y explicaría el ofrecimiento de un descuento importante) y la otra ofrece un alto nivel en sus prestaciones (lo que encarece sus costes, por lo que sería sospechoso un precio bajo).

(...)

6.4.11. Parámetro de anormalidad indeterminado

[Resolución 49/2021](#)

La aplicación del procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP debe efectuarse en relación con el presupuesto base de licitación, que sí es un dato conocido. Para que la comparación sea homogénea, dicho dato debería contrastarse con el presupuesto máximo de la oferta. Sin embargo, el modelo de oferta económica solo pide a los licitadores que presenten una serie de precios unitarios, y sin que en la documentación contractual se establezca la forma de obtener de modo inequívoco a partir de las proposiciones su presupuesto máximo. Así lo confirma el hecho de que los interesados en el procedimiento deduzcan dicha cifra a partir de estimaciones basadas en otros datos (por ejemplo, prestaciones efectivamente ejecutadas en años anteriores), llegando a conclusiones distintas. Esta situación es contraria al principio de transparencia, configurado como un deber del poder adjudicador que exige que



los elementos determinantes del procedimiento de adjudicación sean claros e inteligibles para todos los licitadores diligentes, sin que la infracción de dicho deber pueda concluir en un perjuicio para ellos (ver, por todas, la Resolución 25/2021 del OARC / KEAO). Asimismo, el principio de igualdad de trato (artículo 1.1 de la LCSP) se infringiría si la aplicación del parámetro, que la LCSP quiere “objetivo”, quedará en manos del poder adjudicador, que podría seleccionar libremente los elementos relevantes para aplicar o no la verificación de la baja (ver, por analogía, la Resolución 42/2019 del OARC / KEAO).

6.4.12. Justificación de la anormalidad de la oferta con base en el ahorro en costes sociales por la contratación de personas con discapacidad

[Resolución 153/2021](#)

Ni del artículo 149 de la LCSP, ni de la normativa de la Unión Europea (UE) que éste incorpora (ver, en especial, el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE) se puede deducir que el ahorro en costes sociales por la contratación de personal discapacitado no sea un argumento válido para justificar la viabilidad de una oferta sospechosa de anormalidad. De hecho, en el listado del artículo 149.4 (que, en todo caso, tampoco es exhaustivo; ver, por ejemplo, la STJUE de 29/3/2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartado 30, así como la Resolución 6/2017 del OARC / KEAO) está la posible obtención de una “ayuda de estado” (ver, en este sentido, las Resoluciones 43 y 45/2012 del OARC / KEAO), concepto procedente del Derecho de la UE en el que caben figuras legales como la bonificación o exención de las cotizaciones sociales a cargo del empresario (ver, por ejemplo, la STJUE de 15/12/2005, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, en especial sus apartados 76 y siguientes). Por otro lado, sostener que una empresa no puede aprovecharse válidamente de la ventaja económica que le supone el régimen legal que invoca es tanto como privar a la norma que lo establece de su aplicación en el ámbito de la contratación pública, dejando sin efecto su finalidad de promocionar el empleo del colectivo con problemas de inserción laboral al que se pretende beneficiar (o, lo que incluso es más incongruente, reduciendo la efectividad del precepto al ámbito del



sector privado sin que haya razón alguna para ello). Tampoco se comparte el argumento de que es una justificación ilegítima por ser ajena a los pliegos al referirse a condiciones que no figuran en ellos; antes bien, dichos pliegos, como no podía ser de otro modo, no prohíben que los trabajadores que ejecuten la prestación sean personas discapacitadas. Finalmente, la “unilateralidad” mencionada por UUS no es sino la manifestación de la facultad empresarial para, dentro de los límites legales y contractuales, satisfacer las necesidades del poder adjudicador determinando y organizando los medios técnicos y personales que pretende emplear del modo que estime más oportuno.

6.4.13. Relevancia de que los costes de la oferta sospechosa de anormalidad no se ajusten al desglose del Presupuesto Base de Licitación

[Resolución 153/2021](#)

El importe señalado en el desglose del PBL tiene la finalidad de acreditar que el precio contractual satisface el mandato de ajustarse al mercado, con especial incidencia en los costes salariales (ver el artículo 100.2 de la LCSP y la Resolución 86/2019 del OARC / KEAO). En absoluto se trata de una cláusula contractual ni condiciona en modo alguno el contenido de las ofertas o los fundamentos económicos en los que se basa el licitador para elaborar su oferta u organizar los medios con los que se propone ejecutar el contrato. Tampoco puede servir, por sí solo, para juzgar sobre la calidad de las justificaciones presentadas para defender la viabilidad de la proposición.

6.4.14. Motivación reforzada de la exclusión de la oferta anormal

[Resolución 153/2021](#)

Aunque UUS está amparada por un margen de discrecionalidad técnica en la apreciación de la anormalidad de la oferta, en este caso no se dan los requisitos mínimos para considerar que dicho margen se ha ejercido dentro de los límites que lo constriñen, especialmente porque no se refutan suficientemente las justificaciones



aportadas por PROMOPARC. Tampoco se alega ni acredita que la oferta se base en hipótesis técnicas, económicas o jurídicas inadecuadas, ni que haya riesgo de incumplimiento de normas sociales, laborales o medioambientales (artículo 149.4 de la LCSP). Tal y como se indicaba en la Resolución 68/2019 de este OARC / KEAO, el que la LCSP diga ahora en su artículo 149.6 que en ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada no significa que la exclusión de la oferta no requiera motivación o requiera tan solo una motivación simple. La exigencia de una motivación reforzada para fundar el rechazo de la oferta, mantenida por este Órgano bajo la vigencia de la legislación anterior, no aparecía sin embargo expresamente mencionada en el TRLCSP; por el contrario, esta exigencia se basaba en que se trata de eliminar una oferta que, inicialmente, tiene un contenido que la hace especialmente atractiva, lo que es una excepción legal al principio de la oferta económicamente más ventajosa y a la función misma del procedimiento de adjudicación, cuyo objeto es precisamente promover la competencia entre los licitadores para que propongan las mejores condiciones y los precios más bajos posibles. Esa excepcionalidad es la que pide una explicación cuyo alcance deberá ser tan amplio como grave es la decisión de no aceptar una proposición ventajosa a la vista de su contenido.

Finalmente, frente a la falta de concreción del requerimiento, el licitador ha efectuado un esfuerzo para justificar su oferta que requería de un mayor análisis que el efectuado por el poder adjudicador.

6.4.15. Beneficio “reputacional”

[Resolución 84/2022](#)

En contra de lo alegado por la recurrente, el informe justificativo no afirma que la UTE SAMAS – AGMSOFT no percibirá ningún beneficio económico, sino que, al margen del legítimo interés en obtener un beneficio, considera que la adjudicación de este contrato puede servir para conseguir su objetivo de posicionarse en el mercado como proveedores de referencia del tipo de soluciones ofertadas. En resumen, se dice que la UTE además del beneficio económico espera obtener un beneficio reputacional. No



obstante, es de señalar que la finalidad del procedimiento establecido en el art. 149 de la LCSP es detectar ofertas que comprometan la viabilidad del contrato. Por esta razón, no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a empresas que van a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios o incluso a pérdidas si dicha ejecución se acredita viable (ver, en este sentido, la resolución 1/2017 de este OARC / KEAO, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2020, asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, que solo permite excluir las ofertas de precio “0” cuando se pruebe en el correspondiente procedimiento contradictorio su carácter anormalmente bajo). No obstante, como se ha indicado, este extremo no se deduce de las justificaciones que obran en el informe.

6.4.16. Justificación de la baja con base en la solvencia del licitador

[Resolución 101/2022](#)

Considera la recurrente que la experiencia como argumento para justificar la baja no puede ser aceptada porque los pliegos la exigen como un requisito para participar en el procedimiento de adjudicación y DELOITTE no efectúa, por ejemplo, un estudio del ahorro de costes que ello le supondría. Estos argumentos no pueden ser aceptados por varias razones:

- a. No hay un listado cerrado de las razones que puede aportar el licitador para justificar la pertinencia de su oferta, de forma que cualquiera que se presente debe ser analizada y, en su caso, rebatida por el poder adjudicador (ver, 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, apartado 78 y ss).
- b. El fondo parcialmente reglado constituido por el artículo 85.6 RGLCAP permite expresamente que se considere la relación entre la solvencia presentada y la oferta de la empresa. A este respecto, tal y como se expresa en la Resolución 164/2020 de este Órgano, no debe entenderse esta solvencia en el sentido recogido en, por ejemplo, los artículos 65.1 y 74 de la LCSP, que se refiere a los requisitos mínimos de capacidad técnica y económica que deben concurrir en un operador económico



para estimar que podría ejecutar con suficientes garantías un concreto contrato en el caso de resultar adjudicatario. Por el contrario, el artículo 85.6 del RGLCAP se basa en la idea de que la capacidad de una empresa para ejecutar una prestación no se basa solo en la contraprestación que reciba a cambio de ella, sino también en su fortaleza técnica o económica para asumir una posible falta de rentabilidad del contrato concreto, la cual podría ser muy poco significativa. La validez de esta justificación está reforzada por el hecho de que, entre las posibles pruebas que pueden aportarse para acreditar la seriedad de la oferta el artículo 149.4 de la LCSP menciona "...la posible obtención de una ayuda de estado", lo que demuestra que también son aceptables argumentos referidos a ingresos o consideraciones diferentes de los derivados del concreto analizado; de hecho, parece ilógico que si la LCSP acepta la justificación de la anormalidad por el potencial ingreso de una subvención, no acepte también la justificación basada en la solidez de la empresa, conseguida mediante su éxito en el mercado. Por otro lado, la STJUE de 10/9/2020, asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, establece que ni siquiera una oferta a precio "0" puede ser automáticamente descartada sin aplicación previa del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP, en el cual el licitador sospechoso de anormalidad puede alegar lo que proceda en defensa de la viabilidad de su proposición; implícitamente, esta sentencia admite que en dicho procedimiento puedan plantearse argumentos distintos de los referidos a la mera justificación de que el precio contractual es suficiente para sufragar los costes y cubrir los riesgos del negocio pues se refiere a un caso en el que no hay ninguna contraprestación del poder adjudicador

- c. Mediante el análisis de la experiencia se trata de valorar si el licitador se encuentra en condiciones de cumplir su oferta y, en este sentido, la invocada por DELOITTE es específica, referida a su conocimiento y relaciones con los diferentes proveedores de las aplicaciones y sistemas que soportan el sistema de información judicial, así como su participación en la elaboración del Plan Estratégico TIC 2021-2024 del sector público vasco, lo que la hace conocedora de las prioridades



estratégicas así como los proyectos específicos de convergencia y provisión en el ámbito TIC.

- d. Las normas sobre temeridad no exigen de manera absoluta la necesidad de que junto a cada explicación se incorpore el correspondiente ahorro de costes. Esta será una cuestión que tendrá que valorar el órgano de contratación a la vista de las justificaciones y las circunstancias de la oferta y las obligaciones asociadas a su ejecución, en concreto el porcentaje de baja por la que se incurre en temeridad y las características de la empresa oferente, entre las que se encuentra su solvencia técnica y financiera.

6.4.17. No cabe considerar anormal una oferta no incurso en sospecha según el parámetro fijado en los pliegos

[Resolución 19/2022](#)

Esta pretensión debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Como ya ha señalado anteriormente este Órgano, la incursión de una oferta en el “umbral de temeridad”, calculado según el parámetro que debe constar en los pliegos por mandato del artículo 149.2 b) de la LCSP, es el requisito previo inexcusable para iniciar el procedimiento para verificar la viabilidad de dicha oferta (ver, por todas, la Resolución 164/2020 del OARC / KEAO). Esta comprobación ha de seguir la tramitación prevista en los apartados 4 a 6 del citado artículo 149, la cual puede culminar, en su caso, con la exclusión del licitador.
- 2) Consta, y así lo reconocen la recurrente y los demás interesados, que la proposición de SUREUSKADI no está incurso en sospecha de anormalidad, calculada en este caso de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 12 de la carátula del PCAP. Esta estipulación es firme por no impugnada y, por ello, rige el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los licitadores. Consecuentemente, no es posible excluir la oferta de SUREUSKADI



con base en el artículo 149 de la LCSP y el motivo de impugnación debe desestimarse.

- 3) No cabe aceptar la alegación de que el resultado de la aplicación de la fórmula de cálculo del umbral de anormalidad puede reconsiderarse por el poder adjudicador si es necesario, teniendo en cuenta factores como el umbral de licitaciones comparables y las enseñanzas que pueden extraerse de la experiencia común. La recurrente no aporta ningún argumento ni prueba para apoyar que el resultado del modo de cálculo fijado en los pliegos, bastante común en todo tipo de procedimientos de adjudicación, deba ser reconsiderado. De hecho, ni siquiera consta ni se alega que haya un resultado anómalo, pues no puede considerarse como tal que una oferta concreta quede o no comprendida en el umbral de sospecha de temeridad, ya que ése es precisamente el efecto propio del parámetro al que se refiere el artículo 149.2 b) de la LCSP.

(...)

6.4.18. Reconsideración de los resultados del parámetro de anormalidad

[Resolución 19/2022](#)

Según la sentencia C-285/99 (ver, en especial, los apartados 70 a 73), la reconsideración de los resultados de la aplicación de un parámetro previo de sospecha de temeridad responde a evitar las prácticas de los licitadores tendentes a falsear dichos resultados en perjuicio de los objetivos generales de la contratación pública. Concretamente, la sentencia se refiere a los casos en los que los licitadores presenten ofertas sin voluntad efectiva de contratar y con la única intención de alterar artificialmente el resultado del cálculo del umbral de temeridad, o en los que no presentan la mejor proposición posible, sino la que con arreglo sobre todo a criterios estadísticos tuviera más posibilidades de ser la primera oferta no sospechosa. Por su parte, este OARC / KEAO ha invocado también esta jurisprudencia a propósito de un parámetro que da como resultado que un alto porcentaje de las ofertas están incursas



en sospecha de temeridad (lo que puede hacer pensar en la inadecuación del parámetro o del presupuesto base de licitación más que en la anormalidad de dichas ofertas; ver la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO) o para relativizar la sospecha de anormalidad producida por un parámetro basado en los precios unitarios y no en la globalidad de la oferta (ver la Resolución 164/2020 del OARC / KEAO). Ninguno de estos supuestos ni otros similares se dan en este caso y tampoco el recurrente los alega.

6.4.19 Justificación del precio ofertado con base en que es el ofrecido a otros compradores

[Resolución 204/2023](#)

A pesar de las insuficiencias del requerimiento, ASCENDER presentó una extensa y detallada argumentación para defender la viabilidad de la oferta, acompañada de acreditación documental (catálogos, facturas, relaciones de servicios y clientes, fotografías, etc.). A juicio de este Órgano, son especialmente significativas, entre otras, las alegaciones sobre la estandarización del producto, los sistemas de fabricación eficientes y la coincidencia básica del precio ofertado en la licitación con el ofrecido a otros compradores (lo que prueba que el precio sospechoso es “de mercado” y es un fuerte indicio de que la proposición es viable), las cuales pueden servir para explicar satisfactoriamente la anormalidad.

6.4.20 El umbral de anormalidad no es facultativo para el poder adjudicador

[Resolución 193/2023](#)

No puede prosperar la alegación del poder adjudicador de que el umbral de temeridad es facultativo para el órgano de contratación. Téngase en cuenta que la cláusula 22.3 del PCAP establece el modo de cálculo de un umbral de anomalía constitutivo de una oferta anormalmente “baja” y que la fiabilidad de la oferta de AGFA resulta conforme a dicho umbral, a priori, dudosa, por lo que el poder adjudicador está obligado a verificar



la oferta (ver, en este sentido la STJUE de 15 de septiembre de 2022, asunto C-669/20, ECLI:EU:C:2022:684). Consecuentemente, resultaba necesario dar a AGFA la posibilidad de demostrar la seriedad de su oferta, exigiéndole las precisiones que considere oportunas al objeto de, tras valorar la pertinencia de la información facilitada, tomar la decisión de admitir o rechazar la oferta.

6.4.21 No hay obligación de repercutir los costes en cada precio parcial

[Resolución 064/2023](#)

El recurso alega que la oferta del adjudicatario debe excluirse por no respetar los salarios fijados por el convenio colectivo aplicable. Las recurrentes llegan a esta conclusión después de considerar que los costes salariales del contrato ascienden, según sus propios cálculos, a 1.293.993,41 euros, mientras que la propuesta económica para las prestaciones P2 y P3 suma, en conjunto, 1.027.860,63 euros. Este motivo de recurso debe desestimarse por lo siguiente:

- 1) El contrato incluye cuatro prestaciones (P1, P2, P3 y P4), cada una de las cuales tiene un tipo máximo independiente (aunque el contrato no se divide en lotes); la suma de todos ellos da como resultado **un total de 24.168.543 euros** para el Presupuesto Base de Licitación (PBL). Por su parte, el pago de las prestaciones contractuales será mediante factura mensual por un importe igual a la doceava parte del importe anual de adjudicación, sumando el importe de las cuatro prestaciones y detallando el importe de cada una de ellas (punto 1 de la carátula del PCAP, página 15).
- 2) Ni los pliegos que rigen la licitación ni la legislación contractual requieren que el licitador deba repercutir en el precio ofertado la totalidad de sus costes (tampoco los costes laborales), como se deduce del hecho de que incluso las ofertas a precio “0” sean, en principio, aceptables, sin perjuicio de que, en su caso, puedan considerarse anormalmente bajas después del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, apartados 23 a 26). Consecuentemente, aún



es menos exigible que el operador económico deba necesariamente repercutir en cada uno de los precios parciales de un contrato único los costes atribuibles a dicho precio parcial; por el contrario, los citados operadores económicos son libres para fijar libremente dichos precios parciales, siempre que se respeten los límites que imponen los pliegos. En el ejercicio de dicha libertad pueden optar, por ejemplo, por la distribución de la repercusión de los costes que estimen más oportuna, incluyendo la posibilidad de que costes necesarios para producir una parte de la prestación global se repercutan en otros precios parciales. De hecho, no es infrecuente, ni tiene nada de reprochable, que las empresas utilicen esta estrategia con la esperanza de vender sus bienes o servicios a un precio que, en su conjunto, sea competitivo y rentable, quedando a su riesgo y ventura si lo consiguen o no (ver, por ejemplo, la Resolución 194/2022 del OARC / KEAO y las que en ella se citan).

- 3) A la vista de lo señalado en los apartados 1) y 2) anteriores, el argumento utilizado por el recurso para pedir la exclusión de la oferta de la adjudicataria por incumplir el convenio colectivo no es aceptable, teniendo en cuenta además que se basa en cálculos referidos a partes cuantitativamente poco significativas del objeto del contrato en relación con el precio total. Finalmente, debe añadirse que la oferta impugnada no ha incurrido en sospecha de anormalidad, la cual, por cierto, siempre debe apreciarse en relación a la totalidad de la oferta porque no caben precios unitarios o parciales anormales, pues sus bajas pueden compensarse con otros precios parciales más elevados, dando como resultado una oferta viable en su conjunto (ver, por todas, la Resolución 22/2020 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2019, nº 4069/2019, ECLI:ES:TS.2019:4069).

6.4.22 Justificación del licitador de que su precio es “de mercado”

[Resolución 167/2023](#)



(...) la falta de adecuación al mercado de algunos de los precios aportados en el trámite de justificación de la proposición sospechosa de anormalidad es una afirmación del poder adjudicador que no se apoya en ningún dato, prueba o estimación. En segundo lugar, OKATENT ha aportado junto con el recurso documentación de las empresas que prestarían los servicios o suministros correspondientes a las partidas afectadas, que demostrarían la viabilidad de los citados precios. Frente a ello, la alegación del Ayuntamiento de que esta documentación es extemporánea no puede aceptarse. La acreditación expresa de que los precios se ajustan al mercado no figura entre la documentación requerida para la justificación de la baja; por el contrario, sí consta en dicho requerimiento que el poder adjudicador comprobará “si los precios ofertados son de mercado”, obligación que solo se ha cumplido formalmente, pero sin que se acredite un contraste de los importes alegados. Además, se trata simplemente de documentos que apoyan la argumentación de OKATENT y que contradicen el acto impugnado, como es normal en cualquier procedimiento de recurso.

6.4.23 Justificación del coste de actividades subcontratadas

[Resolución 167/2023](#)

No puede considerarse relevante para la justificación la falta de desglose de las partidas citadas cuando se trata de actividades subcontratadas o encargadas a terceros y el licitador se propone adquirirlas por un precio global.

6.4.24 Baja anormal en prestaciones intelectuales

[Resolución 126/2023](#)

En el juicio de viabilidad de la proposición que debe realizar el poder adjudicador se ha obviado el análisis de la naturaleza de las prestaciones demandadas, en las que predomina su carácter intelectual. Ello implica que la ejecución del contrato apenas depende de la adquisición a terceros de materias primas, suministros o servicios que se integren en la prestación objeto del contrato, por lo que un precio anormalmente bajo no puede poner en duda el cumplimiento de los compromisos de pago con



proveedores externos y, consecuentemente, la viabilidad de la proposición. Por el contrario, el nivel de rendimiento depende básicamente de la calidad del personal empleado, cuyas retribuciones no están en juego porque no dependen directamente del contrato. Todo ello es otro sólido indicio de que el riesgo de que no se pueda ejecutar normalmente el contrato con el precio ofertado es mínimo.

6.4.25 Motivación de la aceptación de la viabilidad de la oferta

[Resolución 039/2024](#)

Pues bien, y dicho lo anterior, en el presente supuesto ha de estimarse que tal debida motivación, en los términos expuestos, no se cumple y, más si se tiene en cuenta que el informe técnico del servicio promotor del contrato consideró que la oferta no estaba suficientemente justificada. Téngase en cuenta que, si bien la Mesa puede apartarse de dicho informe dado su carácter no vinculante (art. 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), ha de hacerlo de forma motivada y en el presente supuesto la Mesa de Contratación se limitó a consignar "que a la vista de dicha justificación se admite la oferta presentada por la empresa señalada dado que es factible la misma a la vista de las siguientes resoluciones: TARC 825/2019, 346/2020 Y TARC Castilla y León 35/2016", es decir, no se expresó el razonamiento que condujo, a la Mesa primero y al órgano de contratación después, a *llegar a la convicción de la viabilidad de la oferta*, a pesar de las sospechas iniciales, sin que, de conformidad con lo expuesto, pueda reputarse suficiente la remisión a resoluciones de tribunales administrativo de recursos contractuales sin expresión de los fundamentos jurídicos de las mismas que se asumen sin mención alguna a los hechos determinantes sobre los que se aplican dichos fundamentos.

Por otro lado, tampoco consta dicho enjuiciamiento a lo largo del expediente, más allá, de los expresados de forma extemporánea en el informe de contestación al recurso y que no pueden ser atendidos, pues no han podido ser combatidos por la recurrente en la presente impugnación (ver, la Resolución 4/2022 del OARC/KEAO).



[Resolución 180/2024](#)

No puede considerarse suficiente la motivación de la aceptación de la oferta, pues se limita a describir muy resumidamente las líneas generales de la justificación presentada por DISPORT, sin que haya referencia alguna a su contenido concreto y sin que conste la más mínima valoración razonada de su suficiencia que permita entender por qué se ha aceptado la proposición.

Es cierto que la motivación de la exclusión de una oferta anormal debe ser exhaustiva, mientras que basta que la motivación de su aceptación sea suficiente; la razón de esta diferencia estriba en que, en el primer caso, se está rechazando una oferta en principio muy ventajosa, lo que es una excepción a los principios generales de la LCSP. No obstante, ello no supone que la decisión de aceptación no deba satisfacer, al menos, los requisitos mínimos exigibles a cualquier motivación, la “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho” a la que se refiere el artículo 35.1 de la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común (LPAC); en especial, deben constar al menos los aspectos concretos de la justificación del licitador que se estiman relevantes y el juicio crítico que merecen.

6.4.26 Plazo para presentar la justificación de la baja anormal

[Resolución 053/2024](#)

El artículo 149.4 de la LCSP no establece un plazo determinado para que el licitador presente las explicaciones sobre la composición de su oferta, sino que únicamente habla de “plazo suficiente”, lo cual es lógico y coherente (i) con la finalidad del procedimiento, pues en función de la complejidad técnica o volumen económico del negocio jurídico el licitador necesitará disponer de más o menos plazo y (ii) con el carácter contradictorio del procedimiento (ver, en este sentido la STJUE de sentencia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99, EU:C:2001:640, apartado 55), que puede implicar en función de las justificaciones solicitadas la exigencia de tener que explicar en mayor o menor medida la oferta efectuada.



6.4.27 Medidas especiales en la ejecución del contrato para la empresa que fue sospechosa de anormalidad

[Resolución 053/2024](#)

En lo que respecta a la infracción del artículo 149.7 de la LCSP, tal y como este Órgano ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 31/2022) es claro que dicho precepto no pide que los mecanismos de vigilancia de la ejecución del contrato se introduzcan precisamente en la Resolución de adjudicación, por lo que su falta de mención no es un vicio de legalidad de dicho acto. En cualquier caso, se trata ésta de una denuncia de mera legalidad, pues su estimación únicamente supondría la retroacción de actuaciones para que se dictara una nueva resolución de adjudicación que incluyera las medidas a las que se refiere el precepto invocado, pero en ningún caso supondría una alteración de la adjudicación.

6.4.28 No cabe aceptar la baja anormal sin la debida motivación

[Resolución 205/2024](#)

Es cierto que la motivación de la exclusión de una oferta anormal debe ser exhaustiva, mientras que basta que la motivación de su aceptación sea suficiente; la razón de esta diferencia estriba en que, en el primer caso, se está rechazando una oferta en principio muy ventajosa, lo que es una excepción a los principios generales de la LCSP. No obstante, ello no supone que la decisión de aceptación no deba satisfacer, al menos, los requisitos mínimos exigibles a cualquier motivación, la “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho” a la que se refiere el artículo 35.1 de la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común (LPAC); en especial, deben constar al menos los aspectos concretos de la justificación del licitador que se estiman relevantes y el juicio crítico que merecen.



6.5. Subsanación y aclaraciones

6.5.1. Aclaración de las ofertas

[Resolución 184/2018](#)

Este OARC / KEAO ha aceptado la aclaración de la oferta si se respetan los principios de proporcionalidad e igualdad de trato y no se modifican los términos de la proposición (ver, por ejemplo, la Resolución 112/2016); es decir, la finalidad de la aclaración es solventar una ambigüedad o error en la documentación presentada por el licitador que suscita dudas sobre el verdadero alcance de su voluntad contractual. Sin embargo, en el supuesto analizado, la voluntad expresada por el licitador frente al poder adjudicador, única sobre la que se pueden efectuar deducciones y emitir juicios jurídicos porque sobre la voluntad que los recurrentes alegan que querían expresar y no plasmaron adecuadamente no puede sino especularse, es clara y no permite interpretaciones ni precisa de ninguna explicación adicional: el licitador oferta un precio por anualidad para los servicios ordinarios. No hay en la oferta o en otros documentos contractuales ningún dato que permita deducir que la verdadera intención sea distinta de la expresamente formulada (como sí sucede en los casos alegados en el recurso, en los que había una discrepancia entre los precios unitarios y globales que hacían pensar que un error material evidente impedía conocer la intención de la oferta). En concreto, no se deduce del expediente que la voluntad de los recurrentes fuera la de ofertar el precio global, es decir, para toda la duración del contrato, como se alega en la impugnación (de hecho, esta afirmación no se extiende al precio propuesto para los servicios ordinarios). Consecuentemente, la proposición solo puede considerarse en sus propios términos literales pues, material y formalmente, es correcta aunque sea inaceptable, lo que conduce a la exclusión de la oferta por superar el importe máximo de licitación y a la desestimación del recurso.

Autorizar una “subsanación” como la que pretenden los recurrentes equivaldría a aceptar una nueva manifestación de voluntad para modificar la oferta, lo cual está terminantemente vedado por infringir los principios de igualdad de trato y transparencia del artículo 1 de la LCSP, siendo tan solo los licitadores los



responsables de los perjuicios derivados de la falta de diligencia en la elaboración de la proposición, sin que puedan demandar al poder adjudicador un trámite de aclaración para compensarla (ver la Resolución 109/2013 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

[Resolución 99/2019](#)

Esta conclusión tiene la consecuencia de que, al no haber ambigüedad o error en la oferta, tampoco cabe ninguna solicitud de aclaración o subsanación. El trámite seguido equivale, en realidad, a la reelaboración de la oferta inicial y a la admisión por GUEDAN (en el mismo procedimiento de adjudicación, y no solo en las alegaciones al recurso; ver las Resoluciones 9 y 112/2016 de este OARC / KEAO) que su proposición incurre en un error manifiesto en su importe, lo que, según el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), supone que debe ser desechada, sin que quepa que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable, especialmente a la vista de que la cuestión debatida fue objeto expreso de una aclaración publicada, plenamente respetuosa con el sentido de los pliegos y que pudo conocer antes de la citada elaboración (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

[Resolución 141/2019](#)

3) A juicio de este Órgano, la documentación presentada es confusa en cuanto a los resultados que acreditan ambos certificados; así lo demuestra el hecho de que AMD haya tenido que explicar la discrepancia entre ellos mediante una elaborada interpretación, ofrecida en el escrito de recurso y que en absoluto se deduce inequívocamente de la documentación aportada. Ello indica que la contradicción que fundamenta el acto impugnado existe realmente y que la exclusión no obedece a que el poder adjudicador haya ignorado la intención evidente del licitador. Además, como



bien argumenta el informe de la Administración y admite implícitamente la recurrente, la discrepancia se extiende también al objeto de los análisis certificados, que se corresponden con dos productos distintos, lo que implica que la duda no versa únicamente sobre las características técnicas del suministro, sino sobre la misma identidad de lo ofertado. Por todo ello, debe considerarse que la exclusión de la proposición de AMD es correcta, habida cuenta de que incurre en contradicciones que impiden conocer su verdadero alcance (ver el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la cláusula 14.1 b) de las Condiciones Generales del Contrato).

4) En contra de lo que señala el recurrente, la contradicción no era susceptible de ser despejada mediante un trámite de subsanación o aclaración de la oferta, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la doctrina de este OARC / KEAO establecen que su admisibilidad se condiciona, entre otros límites, a que no suponga de hecho una reelaboración de la oferta (ver, por todas, la Resolución 89/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122). Consecuentemente, no cabe un trámite que, como el que reclama AMD, permita al licitador elegir uno de los posibles sentidos de una proposición contradictoria y añadir a su contenido una interpretación apoyada en datos ajenos a la documentación aportada y que dista mucho de ser, como pide el TJUE, una “mera aclaración” o la subsanación de “errores materiales manifiestos” (ver el apartado 50 de la sentencia del asunto C526/16, citada anteriormente). Por otro lado, debe recordarse que no es aceptable que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191); en este caso, el recurrente debe asumir las consecuencias de incluir en su proposición documentación evidentemente contradictoria.

[Resolución 178/2019](#)

Como ha señalado anteriormente este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 153/2018), los errores en la confección de la oferta económica que impidan conocer



la verdadera voluntad del licitador suponen su exclusión sin que quepa subsanación alguna. Sin embargo, la exclusión no será procedente, y procederá la subsanación o aclaración, cuando dicha 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 la intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error en su plasmación (ver también la Resolución 115/2016 del OARC / KEAO). En este caso, se estima que lo razonable es entender que la voluntad de la UTE adjudicataria, ocultada por un error en su exteriorización, pero clara en la globalidad de la documentación aportada, era ofertar un plazo de ejecución de 37 meses (es decir, una reducción de 4 meses sobre el plazo máximo), por lo que los términos de la adjudicación son correctos y el recurso debe desestimarse por los motivos que se exponen a continuación:

1) Entender que la verdadera intención de la UTE adjudicataria fue ofrecer un plazo de 37 meses y no de 41 meses se apoya en varios argumentos. En primer lugar, la mención a los 41 meses en la documentación técnica era obligada para no infringir la valoración separada de los criterios discrecionales y de los sujetos a evaluación automática prevista en el artículo 146.2 de la LCSP, y la propia ETS indujo esa conducta en los licitadores mediante su aclaración y cuenta con que el plazo realmente propuesto es el que consta en el Anexo III.4 a incluir en el sobre B. En segundo lugar, aunque el plazo se menciona en dos documentos del sobre B, lo cierto es que solo uno de ellos está específicamente diseñado para señalar el plazo ofertado evaluable como criterio de adjudicación y puntuarlo en consecuencia (37 meses en este caso), mientras que en el otro la indicación sobre el plazo (41 meses, precisamente el máximo admisible) es accesorio respecto a la finalidad principal del documento, que es conocer el precio bajo el que se propone ejecutar el contrato. Finalmente, no es razonable pensar que un operador económico con la experiencia y capacidad que se presupone a cualquier empresa que participe en una licitación de la dimensión de la analizada utilice sus recursos humanos y su tiempo en motivar extensamente la viabilidad técnica de un plazo de ejecución distinto del que realmente quiere ofrecer, siendo más lógico entender que es la justificación presentada de realización de la obra en el plazo de 37 meses la que se corresponde con su verdadera voluntad y que el error radica en la escueta e incidental mención de los 41 meses.



2) Consecuentemente, debe entenderse que el licitador cometió un error en la expresión de su intención contractual cuando señaló el plazo de 41 meses, posiblemente provocado porque ese es el plazo máximo y el que ya figuraba (por petición del poder adjudicador) en la documentación técnica. En estas circunstancias, la solicitud de una aclaración no es una alteración de la oferta, prohibida en los procedimientos abiertos (ver el artículo 156.1 de la LCSP y ver, por todas, la Resolución 141/2019 del OARC / KEAO, así como la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122), sino un trámite para confirmar que la verdadera voluntad de la UTE adjudicataria es la que racionalmente se deduce con claridad de toda la documentación por ella aportada (ver, en este sentido la sentencia del TSJPV de 27 de marzo de 2018 ECLI: ES:TSJPV:2018:1129). A estos efectos, es indiferente que ETS solicitara o no la citada aclaración, pues lo cierto es que en ningún caso podría reprochársele al licitador la falta de actuación del órgano de contratación.

6.5.2. No cabe subsanar las carencias probatorias de los documentos

[Resolución 137/2018](#)

Finalmente, hay que señalar que no hay posibilidad de subsanar la infracción, ya que ello no supondría en este caso la reparación de defectos formales de los documentos presentados, sino suplir sus carencias probatorias sustituyéndolos por otros adecuados (ver, por ejemplo, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO).

[Resolución 118/2022](#)

La pretensión de la recurrente consiste, en primer lugar, en que se le adjudique el lote 2 del contrato o, subsidiariamente, que se le conceda un plazo para subsanar los defectos observados en la documentación aportada en la fase del artículo 150.2 de la LCSP. A juicio de este Órgano el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) El artículo 150.2 de la LCSP establece el procedimiento para que el licitador que hubiera presentado la mejor oferta presente, a requerimiento del poder



adjudicador, entre otros documentos, los relativos a la aptitud o capacidad exigida. A tal efecto, el servicio correspondiente, con fecha 27 de enero de 22, requirió a la recurrente que aportara, en lo que al recurso interesa, los medios de prueba acreditativos del cumplimiento de los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional que figuran en el documento anexo III del PCAP. En respuesta a ello, la recurrente presentó un documento fechado el 8 de febrero de 2022 en el que declara de forma responsable “Que, no podemos demostrar nuestra solvencia económica, técnica ni financiera, puesto que es una empresa de nueva creación, constituida con fecha 31/03/2121 ante el notario de Madrid D. Carlos Olona Shüller, con su número de protocolo 430.”

- 2) La recurrente considera que se le debió dar una posibilidad de subsanar la documentación aportada. No obstante, a la vista de la manifestación transcrita en el apartado 1) anterior resulta evidente que no hay subsanación posible porque la recurrente manifiesta expresamente no disponer de la solvencia económica y financiera y técnica requerida en los pliegos de la licitación. No se trata de un defecto de los documentos aportados que le impiden acreditar suficientemente un extremo exigido en los pliegos ni de una omisión, sino de la constatación de que carece de un requisito de aptitud necesario para la formación válida del contrato. A este respecto, se ha de tener en cuenta que el artículo 38.2.a) de la LCSP sanciona con la nulidad de pleno derecho la celebración de contratos en los que el adjudicatario carezca de solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

6.5.3. Plazo adicional para aportar un documento

[Resolución 204/2019](#)

A la vista de todo lo anterior, este OARC / KEAO entiende que la exclusión de la oferta es una decisión desproporcionada porque la omisión del documento debatido no impide la acreditación de la aptitud del licitador, ni la valoración de su oferta, ni supone dejar de demostrar el cumplimiento de una prescripción técnica cuya contravención haga inviable la proposición. Consecuentemente, la concesión de un plazo adicional para su aportación (que no para su elaboración) no altera el principio de igualdad de



trato, pues no concede ventaja alguna al recurrente sobre los demás licitadores ni supone la reelaboración de la oferta y no añade nada a los aspectos que, según los pliegos y la propia aclaración del poder adjudicador, deben tenerse en cuenta para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Por lo tanto, este motivo de recurso debe estimarse.

[Resolución 211/2019](#)

A la vista de lo señalado en el párrafo anterior, se observa que el documento omitido se refiere a un dato que ya es conocido con certeza por el poder adjudicador, de modo que, en el caso de que se concediera un plazo adicional para que el recurrente lo aportara, su contenido no podría ser diferente del que ya obra en poder de la Administración (y que sirvió para aplicar la fórmula a las demás ofertas), so pena de no cumplir con el requisito de que se trate de la tarifa efectivamente “vigente”. Llegados a este punto, es claro que la concesión del citado plazo adicional no permite una reelaboración de la oferta (prohibida en los procedimientos abiertos, según el artículo 156.1 de la LCSP; ver también, por todas, la Resolución 160/2019, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122), que podría ser comprendida en sus propios términos y evaluada con base en datos externos a la propia proposición aun cuando faltara el documento omitido; por el contrario, se trata simplemente de facultar la subsanación de una omisión puramente formal, lo que no afecta a ningún dato relevante para la selección de la mejor oferta o para conocer su adecuación a las prescripciones técnicas, y que no conlleva infracción alguna del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

[Resolución 30/2020](#)

Este trámite de subsanación no constituiría una modificación de la oferta porque el objeto ofrecido sería en todo caso exactamente el mismo y el requerimiento se referiría a un documento cuyo origen anterior respecto a la finalización del plazo de presentación de ofertas es objetivamente verificable (ver, por analogía, los apartados 39 y 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 2013, asunto C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647).



6.5.4. Reelaboración de la oferta

[Resolución 195/2019](#)

Los pliegos establecen la presentación de una declaración del licitador y de una documentación que la acredite. En este caso, el adjudicatario sí ha presentado la declaración, pero no hay acreditación documental; por el contrario, el documento presentado desmiente expresamente la declaración. Consecuentemente, la documentación presentada es incompleta y el requisito no puede darse por acreditado en la forma establecida por las bases de la licitación. (...) Las alegaciones de CANON pretenden hacer valer pruebas físicas que demostrarían que, con independencia del contenido de la ficha técnica del fabricante, cualquiera de las bandejas soporta gramajes superiores a los exigidos por el PPT sin que ello suponga incidencias en el funcionamiento de los equipos. Esta alegación no es aceptable por varios motivos: en primer lugar, supone sustituir el medio de prueba del cumplimiento del PPT expresamente previsto en los pliegos por otro distinto y no contemplado en las reglas de la licitación; en segundo lugar, no cabe aceptar la modificación de la oferta en un procedimiento abierto, y eso sería precisamente, y no una mera aclaración o subsanación, permitir la aportación “a posteriori” de información complementaria sobre el alcance técnico de la proposición (ver, por todas, la Resolución 141/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122).

[Resolución 217/2019](#)

La recurrente considera que la aportación por la adjudicataria de un compromiso de depósito de garantía definitiva en la fase del procedimiento contradictorio para la justificación del valor anormalmente bajo supone una modificación de la oferta, lo que conllevaría su exclusión. Este motivo impugnatorio tampoco puede aceptarse, pues al no haber sido tomado en consideración dicho compromiso por el poder adjudicador no cabe hablar de modificación de la oferta; en este sentido, no consta que el acuerdo de adjudicación haga mención al respecto, ni que dicha adjudicación se haya



efectuado o condicionado a parámetros distintos que los propios de la oferta. En todo caso, debe tenerse también en cuenta que la constitución voluntaria por el licitador de garantías adicionales a las legal o contractualmente previstas para afianzar sus obligaciones se halla al margen del procedimiento de adjudicación del contrato y, por tal razón, no requiere del consentimiento del poder adjudicador para su perfección y es una cuestión que pertenece al ámbito de sus criterios empresariales.

[Resolución 199/2021](#)

No cabe entender que la mención al 1, 1, 1 - tricloroetano obedezca a un error material subsanable. La oferta es clara y su sentido no deja lugar a duda alguna, por lo que no hay razón alguna para pensar que la recta intención del licitador sea distinta de la literalmente expresada. En particular, no hay en la oferta ningún contenido que permita entender que la verdadera voluntad del adjudicatario sea ofrecer otro producto distinto, y que dicha verdadera voluntad ha sido ocultada por un error en su plasmación pero puede deducirse fácilmente de la globalidad de la documentación aportada. Consecuentemente, las manifestaciones de FISHER en este sentido no suponen una mera aclaración o subsanación de la oferta, sino su reelaboración o alteración para dotarla de un nuevo contenido que la haga admisible, lo que no es aceptable por introducir un trámite de negociación en un procedimiento abierto (artículo 156.1 de la LCSP) y ser contrario, entre otros, al principio de igualdad de trato. Finalmente, debe recordarse que no existe un derecho del licitador a reclamar del poder adjudicador la posibilidad de subsanar su proposición para compensar la negligente confección de su oferta, de la que sólo él es responsable (ver, por todas, la Resolución 156/2021 del OARC / KEAO).

[Resolución 214/2021](#)

Una vez determinado que BIGUNE no ha acreditado el cumplimiento de las condiciones de seguridad relativas a las estanterías en los términos establecidos en los pliegos, y, aun a pesar de que de su contestación al recurso no se desprende que disponga de dicho test de laboratorio acreditado, la adjudicataria solicita que se le conceda un plazo de subsanación. Esta alegación no puede aceptarse, por cuanto que el licitador es quien tiene la carga de acreditar que cumple con los requisitos



técnicos mínimos exigidos en el procedimiento y la Mesa de contratación únicamente está obligada a requerir la subsanación de defectos en la acreditación de los requisitos si observa vicios o defectos subsanables, pero no cuando se omite toda referencia a la citada prescripción técnica, pues no puede presumir que el producto ofertado cumple con ésta, y tampoco puede interpretar tal omisión como un error u oscuridad susceptible de aclaración, ya que ello únicamente sería posible incorporando documentación nueva a la proposición, de tal manera que la corrección o aclaración de tal extremo hubiera dado lugar a la modificación de la oferta al permitir la aportación “a posteriori” de información complementaria sobre el alcance técnico de la proposición, especialmente si ello convierte una oferta irregular en aceptable (ver, por todas, la Resolución 195/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122); todo ello supondría una evidente infracción del principio de igualdad de trato en perjuicio de quienes participaron en el procedimiento cumpliendo con las previsiones que debían seguirse para formular correctamente sus propuestas.

Por otro lado, las resoluciones de los Órganos y Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales citadas en el escrito de contestación al recurso no son de aplicación al supuesto que nos ocupa, porque la pretensión consiste en que se les permita la subsanación de la documentación a aportar con ocasión del trámite del artículo 150.2 de la LCSP (documentación que debe aportar antes de la adjudicación el licitador que ha presentado la oferta mejor valorada), lo que no ocurre en el presente caso, en el que lo que se pretende subsanar forma parte de la oferta técnica, inmodificable como se ha dicho.

6.5.5. Subsanación y aclaraciones fuera del procedimiento

[Resolución 201/2019](#)

El recurrente aporta un correo electrónico de fecha 24 de junio en el que una persona adscrita al poder adjudicador le solicita, “con la mayor brevedad posible”, la entrega de las tarifas en un formato legible y la aclaración de las tarifas indicadas en un archivo que se adjunta al correo. En respuesta a este requerimiento, AURTENETXEA



presentó, en formato digital, documentación adicional a su proposición. Este trámite se ha producido completamente al margen del procedimiento establecido; sin entrar ahora a comprobar si se trata de meras aclaraciones o subsanaciones de errores o si, por el contrario, estamos ante una invitación a reelaborar la oferta (lo que no está permitido en un procedimiento abierto, según el artículo 156.1 de la LCSP), lo cierto es que solo la Mesa de Contratación puede acordar la solicitud de aclaraciones o subsanaciones (ver, por ejemplo, el artículo 9.2 a) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi), y no consta en el expediente que este órgano colegiado haya tomado decisión alguna al respecto. La consecuencia relevante para el caso analizado es que, dada la informalidad de la actuación, debe aplicarse el criterio general, que impide a la Mesa de Contratación hacerse cargo de ningún documento que no hubiese sido entregado durante el plazo de admisión de ofertas o que no hubiese solicitado en vía de subsanación (ver la cláusula general 14.2 del PCAP y, por ejemplo, el artículo 83.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas); por ello, no puede tenerse en cuenta el pen drive entregado por AURTENETXEA al que se refiere el recurso.

6.5.6. Omisión en la oferta de los precios unitarios

[Resolución 99/2020](#)

La controversia entre las partes se reduce a una única cuestión: la consecuencia de que la oferta haya omitido los precios unitarios que debían constar en el Anexo A de la oferta (circunstancia sobre cuya veracidad no discuten las partes). A juicio de este Órgano, la falta de cumplimentación del Anexo es un defecto insubsanable que supone la exclusión de la proposición, por lo que la actuación del poder adjudicador ha sido correcta y el recurso debe desestimarse de acuerdo con los argumentos que se exponen a continuación:



- a) Los apartados de la carátula del PCAP reproducidos más arriba son claros en requerir que la oferta incluya los precios unitarios correspondientes a los conceptos establecidos, y también es clara en señalar que la consecuencia es la exclusión de la proposición. Con independencia de lo anterior, se observa que, en cualquier caso, los precios unitarios son aquí un elemento esencial del contrato, de tal forma que su carencia impide conocer los términos bajo los cuales pretende obligarse el licitador en el caso de resultar adjudicatario. Debe tenerse en cuenta que, como bien indica el apartado 10 bis de la carátula del PCAP, el tipo de licitación es una cantidad máxima sobre la que versarán las ofertas para su comparación y no es sino un producto secundario de los precios unitarios, que son la base para su cálculo, de modo que, una vez conocidos estos, puede conocerse dicha cantidad. Este “tipo de licitación”, además, no tiene más valor que el de posibilitar la aplicación de los criterios de adjudicación de modo igualitario para todas las proposiciones, y puede no corresponderse con el número de unidades efectivamente demandadas, lo que es coherente con la fórmula contractual elegida, en la que este número es, por definición, estimativo (ver el apartado 12 de la carátula del PCAP, así como la Disposición adicional 33ª de la LCSP y la Resolución 81/2020 del OARC / KEAO).
- b) No es aceptable la alegación del recurrente en el sentido de que la omisión de los precios unitarios no impide la evaluación de la oferta y que dichos precios se refieren a un aspecto que solo es relevante para la ejecución del contrato. En primer lugar, aunque la oferta sí expresa el precio global estimado sobre el que se aplica la evaluación del precio más ventajoso, dicha cantidad se calcula, como ya se ha dicho, con base en los precios unitarios ofertados, que es precisamente el dato omitido y el que contiene la verdadera voluntad contractual del licitador. En segundo lugar, que el dato solo sea relevante para la ejecución del contrato no le priva de su esencialidad; por el contrario, un contrato de tracto sucesivo y por precios unitarios en el que no constan estos últimos carece de un precio cierto y determinado, elemento fundamental del contrato público (artículo 102.1 de la LCSP).
- c) Tampoco puede admitirse que el defecto que justifica la exclusión fuera subsanable. La falta absoluta de mención de los precios unitarios impide



conocer directamente el contenido de la oferta del licitador sobre un aspecto que, como ya se ha dicho, es esencial en el contrato; como bien apunta el poder adjudicador, la verdadera voluntad de la empresa excluida al respecto tampoco puede deducirse indirectamente del contexto de toda la proposición (lo que indicaría que dicha voluntad ha quedado oculta por un error en su plasmación), por lo que no puede ser objeto de aclaración o subsanación alguna (ver, por ejemplo, la Resolución 178/2019 del OARC / KEAO). Consecuentemente, una declaración de la recurrente señalando cuáles son los precios unitarios que oferta sería en realidad una reelaboración de su proposición, lo que no es aceptable en un procedimiento de adjudicación abierto y sobrepasa el alcance propio de una subsanación o aclaración (ver, por todas, la Resolución 215/2019 y el artículo 156.1 de la LCSP).

6.5.7. Alteración sustancial del modelo de oferta

[Resolución 115/2020](#)

Los pliegos establecen con meridiana claridad (como puede observarse en las cláusulas más arriba transcritas) que el precio global de referencia para el mantenimiento resultará de multiplicar los precios unitarios por la estimación de horas de cada perfil y los meses totales; es decir, dos de los tres componentes de la fórmula se encuentran establecidos en los pliegos y no pueden alterarse (horas estimadas y número de meses). La recurrente al conformar su oferta económica ha variado sustancialmente esta forma de conformar el precio del contrato y ha multiplicado el precio/hora por 70 horas, modificando en la práctica dos de los componentes de la fórmula (nº de horas estimadas de cada perfil y meses totales estimados) en dos de los tres perfiles, pasando de las 2 horas estimadas mensuales por 30 meses (que arrojarían un total de 60 horas) que se establece en el modelo de proposición económica como forma de cálculo del precio total ofertado, a las 70 horas consignadas en su oferta. de conformidad con lo establecido en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, circunstancia esta que no ha sido respetada por la recurrente, lo que supone una alteración sustancial del modelo de proposición económico que comporta el rechazo de la proposición



conforme al artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

[Resolución 74/2022](#)

Contrastados los dos documentos se observa que la proposición presentada por COMERCIAL respeta escrupulosamente el modelo de oferta económica que figura como documento Anexo I al PCAP, obedeciendo las únicas modificaciones observadas a la personalización del documento al objeto de introducir elementos que conforman su imagen corporativa, como su denominación social, logo y tipo de letra, y a la de singularizar su oferta en aquellos supuestos en los que el formulario ofrece varias posibilidades. En ningún caso nos hallamos ante una modificación de la oferta económica. Téngase en cuenta que tanto el PCAP como el artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, requieren que la modificación del modelo establecido sea sustancial, lo cual exige una alteración que impida conocer la voluntad contractual del licitador o bien impida la comparación de la oferta (ver la Resolución 56/2018 del OARC / KEAO), supuestos que claramente no concurren en la oferta recurrida. Finalmente, cabe señalar que los supuestos que permiten al órgano de contratación excluir una proposición se interpretan de manera estricta, o, si se prefiere, restrictiva, (ver, en este sentido la STS de 29 de noviembre de 2021 ECLI:ES:TS:2021:4369).

6.5.8. Subsanación de la documentación presentada por el licitador que ha presentado la oferta mejor valorada

[Resolución 138/2020](#)

El artículo 150.2 de la LCSP establece el procedimiento para que el licitador que hubiera presentado la mejor oferta presente, a requerimiento del poder adjudicador, entre otros documentos, la documentación justificativa de la solvencia exigida.



El precepto no menciona la posibilidad de subsanación o aclaración de la documentación aportada en cumplimiento de este concreto trámite, pero el recurrente afirma que debió concederse, alegando en su favor la doctrina de tribunales de recurso especial y órganos consultivos. A juicio de este Órgano, la falta de mención de la LCSP debe interpretarse aquí en el sentido de que, no solo cabe la citada subsanación o aclaración, sino que el poder adjudicador está obligado a concederla, y ello por las siguientes razones:

- 1) El apartado 3 del artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE (en adelante, DCP), primero del epígrafe titulado “Selección de los participantes y adjudicación de los contratos” y significativamente titulado “Principios generales”, establece que “Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.” El citado precepto comprende en su ámbito de aplicación cualquier información o documento que deban aportar los licitadores, sin distinguir si debe incluirse en la proposición a la que se refiere el artículo 139 de la LCSP, como parte de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 140 de la LCSP), o como uno de los extremos que ha de acreditar el licitador que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP), que es el caso analizado.
- 2) Si bien el artículo 141.2 de la LCSP permite la subsanación de defectos de la documentación recogida en el artículo 140 de la LCSP (ver también el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP), no hay una norma que recoja expresamente el mismo trámite para los documentos del artículo 150.2 de la LCSP.
- 3) Una vez transcurrido el plazo de transposición de la DCP sin que el legislador haya incorporado expresamente al Ordenamiento nacional la posibilidad de subsanar la documentación del artículo 150.2 de la LCSP (o, en su caso, la imposibilidad de hacerlo, como faculta la propia DCP), este Órgano entiende



que debe aplicarse al caso el artículo 56.3 de la DCP, dado que se trata de una norma precisa, clara e incondicionada que concede derechos a los licitadores frente a los poderes adjudicadores, y dotada por lo tanto de efecto directo, lo que obliga a las autoridades nacionales (como el poder adjudicador y el propio OARC / KEAO) a aplicarla, incluso desplazando, si fuera preciso, las normas de Derecho interno que se le opongan (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”, de 1 de marzo de 2016, elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales, especialmente las páginas 7 a 11 y 37 y 38).

Todo ello lleva a la conclusión de que los defectos de la documentación aportada por el adjudicatario que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP) son, en general, susceptibles de subsanación en los términos recogidos en el artículo 56.3 de la DCP.

[Resolución 204/2022](#)

- 2) El artículo 150.2 de la LCSP establece, en síntesis, un trámite previo a la adjudicación del contrato que consiste en requerir al licitador que haya presentado la mejor oferta para que aporte, entre otra, la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 de la misma Ley. A pesar de no estar expresamente prevista en este precepto ni en otro de la LCSP, este Órgano ha admitido la subsanación o aclaración de los defectos de esta documentación con fundamento en el efecto directo del artículo 56.3 de la Directiva 2014/24/UE. Esta norma permite dicho trámite sin distinguir la fase del procedimiento de adjudicación en la que se produce, salvo que se disponga de otro modo en la legislación nacional y siempre que se proceda de conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia. Consecuentemente, la concesión de la oportunidad de subsanación, si se cumplen estos requisitos, es obligatoria para el poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2020 del OARC / KEAO).



- 3) Estar en posesión de la solvencia técnica exigida en los pliegos (ver el artículo 140.1 a) 2º de la LCSP) es una de las circunstancias que debe acreditarse en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. Dicho requisito está comprendido en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), el cual es, resumidamente, una declaración responsable que sirve como prueba preliminar de que el licitador satisface los requisitos de aptitud necesarios para acceder al procedimiento de adjudicación (ver el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE). Según el artículo 141.1 de la LCSP, los órganos de contratación incluirán en el pliego el modelo al que deberá ajustarse la declaración responsable siguiendo el formulario de DEUC (ver el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación).
- 4) En el caso analizado, TEKNEI cumplimentó el DEUC declarando, en el apartado a) de la Parte IV (titulada “Indicación global relativa a todos los criterios de selección”), que “cumple todos los criterios de selección requeridos”, sin identificar los principales servicios del mismo tipo que los que constituyen el objeto del contrato por ella ejecutados, es decir, sin especificar su descripción, importe, fechas y destinatarios. Esta forma “abreviada” de acreditación solo debe cumplimentarse cuando el poder adjudicador ha indicado en los pliegos o el anuncio que el operador económico puede acogerse a ella omitiendo cualquier otra sección de la Parte IV (la mencionada acreditación específica figura en el apartado C de la Parte IV, titulada “Capacidad técnica y profesional”). No consta en el expediente dicha indicación y el enlace publicado en el anuncio que figura en la Plataforma de Contratación remite a una versión íntegra del DEUC, pero tampoco consta que, en el procedimiento de adjudicación, el poder adjudicador haya formulado observaciones o reparos a la calificación del documento, ni solicitado su subsanación o aclaración (ver el artículo 141 de la LCSP). Dicha subsanación habría sido posible por la propia naturaleza del DEUC de declaración responsable, sujeta, en todo caso, a verificación posterior mediante el trámite del artículo 150.2 de la LCSP en el caso de que la oferta



afectada por ella resulte ser la mejor valorada; asimismo, la circunstancia de que los requisitos de aptitud deban concurrir, en todo caso, en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato (artículo 140.4 de la LCSP) implica que la documentación acreditativa deba referirse a dichas fechas, lo que excluye la posibilidad de subsanaciones fraudulentas contrarias al principio de igualdad de trato (ver, por ejemplo, la Resolución 174/2019 del OARC / KEAO). Es oportuno recordar que no cabe posteriormente reprochar al licitador defectos de su proposición cuando el poder adjudicador no le requirió su subsanación, siendo ésta posible (ver, por todas, la Resolución 24/2020 del OARC / KEAO).

- 5) Habida cuenta de lo expuesto en los apartados anteriores, este Órgano entiende que el poder adjudicador debió conceder un plazo de subsanación para que el recurrente aportara la documentación acreditativa de la solvencia técnica exigida en los pliegos, teniendo en cuenta lo siguiente:
 - (i) La subsanación no equivaldría a una modificación de la oferta, ya que el requisito afectado se refiere a actuaciones previas de la recurrente producidas antes del final del plazo de presentación de proposiciones y no a compromisos u obligaciones contractuales del licitador, los cuales no se alteran. Consecuentemente, en este caso, no es relevante que la subsanación afecte a un documento formalmente correcto pero insuficiente desde el punto de vista probatorio (lo que, en general, impide dicha subsanación; ver, por todas, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO), ya que dicho límite tiene como finalidad evitar la reelaboración de la oferta, lo que no sucede en este supuesto.
 - (ii) De la sentencia del TJUE de 10/10/213, asunto C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 (en especial, los apartados 39 a 42) se deduce, en síntesis, que el principio de igualdad de trato no se opone a que un poder adjudicador solicite la subsanación a un licitador de documentos descriptivos de su situación, siempre que el requerimiento se refiera a información o datos cuyo origen anterior respecto a la finalización de



dicho plazo sea objetivamente verificable y que los pliegos no sancionen dicha omisión con la pena de exclusión (ver también la Resolución 31/2020 del OARC / KEAO, que cita dicha sentencia). A juicio de este Órgano, esta doctrina, sentada a propósito de una candidatura a un procedimiento restringido que había omitido la presentación del último balance publicado de la empresa, es aplicable al caso analizado.

- (iii) En el concreto caso analizado la verificación de la solvencia declarada en el DEUC se efectúa en la fase del procedimiento regulada en el artículo 150.2 de la LCSP; en ella, todos los licitadores, excepto el que ha presentado la oferta mejor valorada, están apartados de la posibilidad de ser adjudicatarios (al menos, provisionalmente). Por ello, la subsanación no infringiría la igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), ya que faltaría la base para activar este principio, que es otro licitador en la misma situación al que, sin embargo, se le aplica una solución jurídica distinta (dicha situación sí se daría, por ejemplo, si a la recurrente no se le concediera la oportunidad de subsanación y se excluyera su oferta y, sin embargo, sí se le otorgara, en un caso análogo, al siguiente licitador clasificado en el listado del artículo 150.1 de la LCSP).
- (iv) A la falta de infracción del principio de igualdad de trato y no modificación de la oferta ya indicados cabe añadir que los principios de eficiencia y de oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 de la LCSP) y proporcionalidad (artículos 18.1 de la Directiva 2014/24/UE y 4.1 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) aconsejan en este caso una interpretación amplia de la posibilidad de subsanación. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que no admitir la subsanación privaría al poder adjudicador de seleccionar una oferta que, en principio, es la más conveniente para el interés general y obligaría a descartar un licitador que, materialmente, ha ejecutado los servicios que le cualifican como técnicamente solvente.



6.5.9. Copias simples

[Resolución 138/2020](#)

Por lo que se refiere a la presentación de copias simples, debe entenderse que se trata de un defecto subsanable; la aportación, tras el correspondiente requerimiento, de copias auténticas o de los originales para su cotejo no supone la reelaboración de la proposición o del alcance material de los documentos inicialmente presentados, límite fundamental del trámite de subsanación (ver, por todas, la Resolución 160/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122). Por el contrario, se trata únicamente de presentar el mismo contenido con una formalidad distinta, que es la requerida en los pliegos, remediándose así una insuficiencia del documento que no afecta a su sustancia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 141/2016, 156/2018 y 44/2019 del OARC / KEAO).

6.5.10. Declaraciones responsables

[Resolución 138/2020](#)

En cuanto a la omisión de las declaraciones responsables suscritas por los integrantes del equipo, debe señalarse, en primer lugar, que se trata de un documento cuyo alcance reitera el que la LCSP ya atribuye al Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) que todos los licitadores deben presentar según el artículo 141 de la LCSP y el apartado 22 del PCAP. Consecuentemente, es aplicable lo expresado por este Órgano en sus Resoluciones 52 y 174/2019, que establecen que, dado que, en todo caso, los requisitos de aptitud deben cumplirse en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (artículo 140.4 de la LCSP), no se infringe el principio de igualdad de trato por solicitar la subsanación de la falta de la citada declaración, la cual no supone un plazo adicional para la obtención de dichos requisitos.



6.5.11. No cabe una segunda oportunidad de subsanación

[Resolución 68/2021](#)

Efectivamente, consta en el expediente que en fecha 26 de enero de 2021 y tras el examen y calificación de las propuestas presentadas, la mesa de contratación requirió a la recurrente para que subsanara el DEUC, pues, entre otras circunstancias, se encontraba sin firmar. Asimismo, en el expediente figura que el día 27 de enero la recurrente remitió el DEUC nuevamente sin firmar. A la vista de lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, pues es doctrina pacífica de los Tribunales administrativos de recursos contractuales (por ejemplo, Resolución 1070/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Resolución 108/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía) que aunque la LCSP reclama (en el presente caso artículo 141.2) que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir y sean subsanables, una vez vencido dicho plazo, no cabe requerir un nuevo plazo de subsanación, es decir, no resulta exigible una subsanación de la subsanación ni admitir en los licitadores la posibilidad ilimitada de subsanaciones encadenadas, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 132 de la LCSP), además de ser contrario a la seguridad jurídica y al espíritu del plazo de subsanación.

[Resolución 124/2021](#)

(...) es doctrina pacífica de los Tribunales administrativos de recursos contractuales (ver la Resolución 68/2021 de este OARC / KEAO, con cita de la Resolución 1070/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Resolución 108/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía) que aunque la LCSP reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir y sean subsanables, una vez vencido dicho plazo, no cabe requerir un nuevo plazo de subsanación, es decir, no resulta exigible una subsanación de la subsanación ni admitir en los licitadores la posibilidad ilimitada de subsanaciones encadenadas, pues ello podría vulnerar el principio de



igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 132 de la LCSP), además de ser contrario a la seguridad jurídica y al espíritu del plazo de subsanación.

6.5.12 Requerimiento de subsanación erróneo

[Resolución 181/2022](#)

En primer lugar, debe señalarse que, como alega el recurso, el requerimiento de subsanación se refiere al modelo Nuzone 2X, mientras que el presentado por IBERIAN CARE 2016 SL es el modelo 329-021, que es el que figura en la plantilla de juicios de valor y en el albarán de muestras y por lo tanto al que se refiere la declaración de cumplimiento. Dicha circunstancia es, de hecho, equivalente a la inexistencia de subsanación, pues el licitador no ha podido conocer con precisión los concretos aspectos de su proposición que deben aclararse o subsanarse y, consecuentemente, no ha podido aprovechar adecuadamente el trámite en su favor.

6.5.13. Solicitud de representación gráfica de lo ya propuesto en la oferta

[Resolución 123/2022](#)

(...) cabe concluir que el poder adjudicador no se ha excedido en su petición de “aclaraciones”, pues no se solicita al licitador información nueva, sino que la ofrecida en su proyecto la represente gráficamente, todo lo cual no supone conceder al licitador una ventaja competitiva puesto que los términos de cómo se efectuará la transformación constan en el documento aportado junto con la oferta. Tampoco se aprecia que el licitador, aprovechando dicho trámite, haya reelaborado, completado o modificado su oferta, pues no puede ser considerado como tal una traslación a un soporte gráfico de la información facilitada o una mayor especificación de los planos inicialmente aportados. De hecho, se observa que gran parte de la información aportada consiste en fotografías, infografías de cómo podría quedar la furgoneta una vez transformada junto con los planos del detalle de los diversos elementos de la dotación que, de forma genérica, figuran en los planos iniciales.



6.5.14. Subsanación de la oferta en el procedimiento de recurso especial

[Resolución 29/2022](#)

A la vista de lo señalado en los apartados 1) y 2) anteriores, el poder adjudicador debió dar al recurrente la posibilidad de que aclarara su oferta. Dicha aclaración no habría supuesto una alteración de la oferta, sino un trámite para confirmar que la verdadera voluntad del recurrente era la que racionalmente se deduce de la proposición. No habiéndose producido el requerimiento de aclaración, no puede perjudicar al licitador la falta de actuación del órgano de contratación; además, la aclaración o subsanación debe entenderse hecha a la vista de las explicaciones que la recurrente ha dado sobre en este procedimiento de recurso especial (ver, por ejemplo, la Resolución 24/2020 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de marzo de 2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:1129).

6.5.15. La aclaración no puede paliar la falta de un documento o información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación

[Resolución 81/2022](#)

Resulta pacífico que la empresa PRIMTEM no presentó junto con su oferta el desglose por servicios de la oferta económica global efectuada al lote 1.

El PCAP en su apartado 18.2.1, dice así:

El precio máximo de licitación sin IVA para los servicios anteriormente señalados será: 489.147,22 €. El criterio de valoración será el mejor precio **junto con la oferta económica debe obligatoriamente presentarse el desglose del precio total en cada servicios que componen esta parte de la prestación** (será motivo de exclusión la no presentación de dicho desglose).

El artículo 139 LCSP establece que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y demás documentos contractuales que rigen el procedimiento de adjudicación y, en el supuesto que nos ocupa, la cláusula 18.2.1 del PCAP exige un desglose del precio global ofertado con sanción expresa de exclusión si no se presenta este documento. Es posible que los datos relativos a la oferta de un licitador



puedan corregirse o completarse de manera puntual, en particular cuando sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos. No obstante, la aclaración no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación (ver, en este sentido, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO) y que, como en este caso, su omisión fuese penalizada expresamente con la exclusión de la oferta. Finalmente, cabe manifestar que, en el contrato que nos ocupa, el desglose del precio del contrato por servicios no es una información irrelevante sino que, por el contrario, goza de relevancia contractual, toda vez que la facturación de la prestación se efectuará por cada servicio (apartado 10 del cuadro de características del PCAP).

6.5.16 No es aceptable defender la subsanación de la oferta con base en que no tiene sentido que nadie presente una proposición destinada a ser rechazada

[Resolución 216/2023](#)

Además, y como bien señala el poder adjudicador, este Órgano en su resolución 89/2022 ya indicó que no se puede considerar error subsanable cualquier configuración de la oferta económica que llevara a la exclusión o penalización de la proposición con el argumento de que no tiene sentido que nadie presente una proposición destinada a ser rechazada o deficientemente valorada. Conviene recordar que, por el contrario, la jurisprudencia del TJUE establece que la correcta presentación de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, por lo que solo éste es el responsable de la confección negligente de su oferta (ver, por todas, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartado 38. Precisamente, nos encontramos en el presente supuesto con la misma cuestión, esto es, con el alegato de que se trata de un error material y, por tanto, subsanable, por carecer de sentido ofertar un precio por hora dedicada a cada informe cuando se solicitaba un precio unitario. Ante ello, solo cabe por parte de este Órgano remitirse a la doctrina reproducida y rechazar el argumento esgrimido.

6.5.17 Diferencia entre la subsanación y la concesión de un nuevo plazo para presentar documentación



[Resolución 115/2023](#)

(...) Debe señalarse, que no cabe subsanación alguna, pues no se trata de que la documentación aportada adolezca de defectos o insuficiencias, sino de que no ha sido presentada, por lo que la exclusión es simplemente la consecuencia natural de la finalización del plazo para realizar una actuación sin que ésta se haya producido; la citada subsanación equivaldría, en este caso, a la prórroga de un plazo que ya ha finalizado (en realidad, un nuevo plazo para compensar una cadena de errores que solo y exclusivamente es imputable al recurrente), lo que no es posible. Por último, procede señalar que el depósito de la fianza, al margen de que pueda ser tenido en cuenta a los efectos de las consecuencias que puede acarrear una retirada de la oferta (artículo 150.2 LCSP), resulta irrelevante con respecto a la posibilidad de la subsanación solicitada, pues en nada afecta las circunstancias de capacidad, solvencia o ausencia de prohibiciones de contratar que debían ser acreditadas.

6.5.18 Subsanación de las muestras de los productos ofertados

[Resolución 069/2023](#)

(...) en principio, la exclusión es correcta porque, como señala el poder adjudicador y expresamente reconoce FACTOR, las muestras de los monitores facilitadas no cumplen con las características técnicas exigidas por los pliegos, en concreto, con la prescripción de tener los altavoces integrados.

A partir de este hecho, no controvertido, debe señalarse que este OARC/KEAO ya ha manifestado con anterioridad, tal y como acertadamente señala el Departamento de Educación (ver, por ejemplo, la Resolución 34/2020), que la presentación de muestras de productos ofertados que contradicen las prescripciones técnicas no puede ser objeto de subsanación. Y ello, porque tal subsanación supondría modificar el contenido de la proposición, lo que es inadmisibile en los procedimientos abiertos por contrario al principio de igualdad de trato (ver, por ejemplo, la Resolución 22/2017 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191). Únicamente sería aceptable tal subsanación cuando lo que se pretende es presentar muestras que coincidan con



el producto ya descrito indubitadamente en la proposición, de tal modo que el poder adjudicador pueda verificar la concordancia entre la muestra y dicha documentación (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2014 del OARC / KEAO); sin embargo, en el presente caso, y dada la configuración de la propia licitación, no cabe dicha subsanación, pues no ha existido dicha descripción previa del producto a suministrar y, por lo tanto, lo que se pretende es sustituir la muestra de un monitor (que no satisface las prescripciones técnicas) por otro distinto, alterando la proposición.

En definitiva, la presentación de muestras que no cumplen con las prescripciones mínimas exigidas, no puede considerarse como un error subsanable y sí como el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la presentación de la proposición, al que están sujetos de igual manera todos los licitadores.

6.5.19 Error en suma de la base imponible y la cuota del IVA

[Resolución 173/2024](#)

Si bien el importe de la cuota del IVA es efectivamente el 21% del precio base (base imponible del impuesto), el “Total” es erróneo, pues la adición de ambos conceptos no da como resultado la suma expresada por el licitador, sino la de 76.474,49 euros. Se trata de un mero error en la suma del precio base y la cuota de IVA. De hecho, la diferencia entre el resultado correcto y la cantidad erróneamente expresada radica en una única cifra, la que representa las unidades de millar, siendo el resto de los dígitos idénticos, incluso los decimales. Consecuentemente, y de acuerdo con la doctrina expresada en los números 1) y 2) de la letra a) anterior, no parece dudoso que la verdadera voluntad del licitador, oculta por un error en su plasmación, es proponer el importe que efectivamente resulta de la adición de ambas magnitudes, y no el señalado erróneamente. Debe tenerse en cuenta que el “Total” es un dato calculado directamente a partir del precio base, que es el único importe verdaderamente decidido por el licitador, pues la cuota de IVA es la definida por el legislador tributario.

De lo anterior se deduce que se trata de un error subsanable, que es precisamente lo que ha considerado también el poder adjudicador, que efectuó el correspondiente



requerimiento a GIROA, al que la empresa respondió (ver los archivos 12 y 13 del expediente).



7. Exclusión del procedimiento

7.1. Exclusión del procedimiento

7.1.1. No es preciso aportar una justificación expresa del cumplimiento de todas las prescripciones de los pliegos.

[Resolución 156/2019](#)

Los apartados del PPT señalados en los números 1, 2, 3 y 5 detallan ciertos requerimientos técnicos que deberá cumplir la solución ofertada, pero no solicita al licitador la presentación de ninguna documentación específica que acredite que su propuesta los satisface. Consecuentemente, es aplicable la doctrina establecida por este Órgano, que señala que la falta de mención expresa en la oferta al acatamiento o satisfacción de una obligación o prescripción técnica no supone la exclusión de la misma por incumplimiento, dado que la presentación de la citada oferta ya implica el acatamiento incondicionado de los pliegos (ver el artículo 139.1 de la LCSP); solo podría ser de otro modo si la proposición contuviera elementos incompatibles con dicho cumplimiento, lo que no se alegado ni probado, o si se exigiera en los documentos contractuales que rigen la licitación una acreditación expresa al respecto y esta no se aportara, que tampoco es el caso (ver, por todas, la Resolución 60/2019 del OARC / KEAO). Además, debe indicarse que los apartados 4.1.1 y 4.1.2 se refieren claramente al “adjudicatario” como destinatario de las prescripciones que contienen, no al licitador, por lo que no pueden servir para reprochar a TELEFONICA defecto alguno en la elaboración de su proposición, sin perjuicio de que, en su caso, su incumplimiento pueda suponer al contratista las consecuencias legal y contractualmente previstas (penalizaciones, resolución del contrato, etc.).



7.1.2. Claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión.

[Resolución 21/2019](#)

De acuerdo con lo señalado en ocasiones anteriores por este OARC / KEAO, las consecuencias de las deficiencias de la documentación aportada por los licitadores deben ponerse en conexión con la finalidad de su requerimiento, que en este caso es obtener la información que precisa el poder adjudicador para comparar y evaluar las ofertas conforme a los criterios de adjudicación; no se trata de la solicitud de un requisito de aptitud del contratista, ni de una prescripción técnica obligatoria. Por ello, en consecuencia con la citada finalidad, este OARC / KEAO estima que esta omisión o insuficiencia de la documentación necesaria para evaluar los criterios de adjudicación no sujetos a apreciación mediante fórmulas no puede suponer la exclusión de la oferta sino, en su caso, una puntuación más baja o incluso nula en el criterio que se trata de acreditar, que es como acertadamente ha actuado el poder adjudicador. Sólo podría ser de otra manera si las deficiencias documentales de la proposición fueran de tal calibre que impidieran conocer su contenido o contrastar el cumplimiento de las prescripciones mínimas de los pliegos; sin embargo, tal situación no concurre en este caso en concreto por la finalidad del documento omitido, que no afecta a un aspecto de la ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2018).

[Resolución 119/2019](#)

Finalmente y como último argumento, este OARC/KEAO considera que una determinación del procedimiento de adjudicación cuya infracción puede suponer una consecuencia tan relevante como la exclusión de la proposición, debe estar claramente consignada en los pliegos de la licitación y, en virtud del principio de transparencia, ser suficientemente clara como para ser interpretada de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que no sucede en este caso (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 y la Resolución 067/2014 del OARC / KEAO).



[Resolución 44/2021](#)

A la vista de las contradicciones de la documentación contractual, y teniendo en cuenta que es precisamente en el PCAP donde deben figurar aspectos como la descripción del objeto del contrato, las necesidades que van a satisfacerse mediante su celebración y las condiciones de ejecución de carácter medioambiental (ver los artículos 122.2 de la LCSP y 67.2, letras a) y b), del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), no cabe entender que la única mención (sin regulación adicional alguna) en un único apartado del PPT pueda ser suficiente para rechazar la oferta. En este sentido, este Órgano ya ha señalado que la drástica decisión de exclusión debe basarse en causas claramente deducibles de los pliegos, siendo desproporcionada dicha exclusión cuando la interpretación que se aplica no se desprende claramente de ellos (ver, por ejemplo, la Resolución 183/2019 del OARC / KEAO). Asimismo, el principio de transparencia impide trasladar a los licitadores (y en este caso concreto, al recurrente excluido) la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas dispersas en distintos documentos contractuales, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tiene 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 (ver, por todas, la Resolución 3/2020 del OARC / KEAO).

[Resolución 167/2021](#)

Ninguna de las partes niega la contradicción existente entre la cláusula 12 del PCAP, que manifiesta que en la valoración y examen del sobre “C” se excluirá del procedimiento de licitación a aquellas licitadoras que incorporen documentación que deba ser objeto de evaluación mediante la aplicación de fórmulas (sobre “B”), y la cláusula 15 del PCAP que, en el epígrafe correspondiente al contenido de la “Memoria



técnica” a incluir en el sobre “C”, manifiesta que si se incluye en este último sobre documentación o información que haga referencia a los criterios evaluables objetivamente (sobre “B”) no se valorará dicha información en la evaluación del sobre “B”.

Contrastada la doctrina expuesta en el apartado b.1) anterior con la literalidad de las cláusulas cuya contradicción no niega ninguna de las partes, este Órgano considera lo siguiente:

- 1) Este OARC/KEAO ha manifestado en pronunciamientos anteriores que una determinación del procedimiento de adjudicación cuya infracción puede suponer una consecuencia tan relevante como la exclusión de la proposición, debe estar claramente consignada en los pliegos de la licitación y, en virtud del principio de transparencia, ser suficientemente clara como para ser interpretada de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que aquí no sucede (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 y las Resoluciones 067/2014 y 14/2021 del OARC / KEAO).
- 2) En el supuesto que nos ocupa, la contradicción es clara y evidente y la sanción que impone el PCAP a la oferta que incorpore en el sobre con información a evaluar mediante criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor información a evaluar mediante fórmula no es ni clara, ni transparente, en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSP.
- 3) La consecuencia de esta contradicción no puede ser la exclusión de la propuesta, que es la sanción más grave de las previstas en el PCAP, sino aquella más favorable a quien ha incurrido en el error que se denuncia. Téngase en cuenta que la revelación de la información sujeta a evaluación mediante una fórmula se ha efectuado en la “Memoria técnica” y que en la cláusula 15 del PCAP en la que se especifica el contenido de dicho documento, no figura la sanción de exclusión para el supuesto de que se produzca dicha incidencia, sino que expresamente prevé la no valoración de dicha información en la siguiente fase de evaluación de la oferta.



[Resolución 39/2022](#)

Se trata de un contenido de la Memoria Técnica que no se refiere a ninguna prescripción técnica concreta con la que poder contrastarlo, por lo que no puede alegarse que la admisión de la oferta de GIZATZEN incumple un requisito mínimo establecido en los pliegos como imprescindible para la satisfacción del interés general perseguido. Es decir, la no presentación de esa información no supone conculcar o dejar de acreditar prescripción alguna, por lo que resultaría absolutamente desproporcionado excluir la oferta por mucho que la cláusula 17 considere que se trata de un contenido mínimo de la Memoria.

[Resolución 075/2024](#)

El primer motivo de exclusión impugnado es que el plan de distribución y reparto que propone la recurrente no cumple lo establecido en el PCT porque las rutas 3 y 4 propuestas no recogen que el lugar de elaboración para los centros de inclusión social de CMAS y San Vicente de Paúl es la cocina de Arquillos.

- 1) El apartado 1 del PCT (Objeto del contrato) establece que “En la actualidad”, el centro de elaboración de las comidas destinadas a los centros de inclusión social de CMAS y San Vicente de Paul es la cocina de Arquillos, si bien esta situación puede cambiar. A juicio de este Órgano, esta cláusula es clara y no presenta ninguna dificultad interpretativa, de modo que no cabe duda de que las proposiciones no pueden plantear rutas o itinerarios para los citados centros de inclusión que partan de un lugar distinto de la cocina de Arquillos.
- 2) Sin embargo, la respuesta a la consulta expuesta más arriba comunica a los operadores económicos interesados un contenido diferente y contradictorio con el del PCT. Con carácter previo, debe señalarse que la consulta no se refiere al lugar de recogida de la comida destinada a los comedores municipales, sino únicamente a la que debe transportarse a domicilios particulares:



- (i) En la respuesta se afirma que “Actualmente”, toda la comida se recoge en el CIAM San Prudencio, la “cocina central”. En principio, esta respuesta es coherente con el PCT, pues parece referirse tan solo a la recogida de la comida entregada a domicilio, cuestión sobre la que este pliego no se pronuncia, por lo que no habría contradicción.
 - (ii) No obstante, la respuesta añade que “próximamente” la previsión es que las comidas para los comedores de San Vicente de Paúl y el CMAS se recojan en la cocina de Arquillos. Este último inciso provoca la confusión, ya que se refiere a las comidas para comedores municipales (no a las servidas a domicilio, objeto de la pregunta), e induce a entender que el papel de “cocina central” del CIAM San Prudencio señalado en el párrafo (i) anterior se desempeña también para los comedores municipales y, especialmente, contradice flagrantemente el PCT, pues establece que la función de la cocina de Arquillos es una previsión próxima, y no la situación “actual”, como se deduce del citado PCT.
- 3) La discrepancia entre el contenido del PCT y el de la respuesta a la consulta es clara y, en este caso, fundamental. El motivo de la exclusión es, según el informe técnico que sustenta el acto impugnado, incluir en las rutas de reparto a los centros de inclusión social CMAS y San Vicente de Paúl la cocina del CIAM, cuando el apartado 1 del PCT establece que la cocina de elaboración de las comidas de dichos centros es la de Arquillos. Sin embargo, este argumento, irreprochable desde el punto de vista del PCT, es contradictorio con la respuesta a la pregunta, que induce a pensar que Arquillos no es la actual cocina de referencia para ambos centros sino la previsible en un futuro próximo. Debe señalarse que, de acuerdo con el apartado II, 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), las respuestas a las consultas de los interesados tienen carácter vinculante y que dichas respuestas entran en el amplio concepto de “pliego de contratación” delimitado en el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE, pues describen o determinan elementos de la contratación o del procedimiento de adjudicación (ver, por todas, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO).



- 4) Llegados a este punto, este Órgano debe reiterar, en lo que afecta al caso, su doctrina sobre el principio de transparencia (ver, por todas, su Resolución 68/2018 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, que en ella se cita), que 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 para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y para que el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Esta obligación de transparencia recae sobre el poder adjudicador y 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).
- 5) Consecuentemente, 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. Una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario que este Órgano, por vía interpretativa, determine cuál es el significado que debe darse a los documentos contradictorios, pues tal significado no podría suponer en ningún caso un perjuicio para el recurrente, que no es responsable de la contradicción; por ello, tampoco es relevante en este caso concreto que la respuesta a una consulta no pueda alterar de hecho los pliegos eludiendo el procedimiento previsto en el artículo 122.1 LCSP. Consecuentemente, en un supuesto como



el que nos ocupa, el poder adjudicador está obligado a soportar las consecuencias jurídicas derivadas de la contradicción por él mismo causada.

7.1.3. Exclusión de una oferta incompleta que impide la valoración de las ofertas en pie de igualdad

[Resolución 2/2020](#)

A la vista de todo ello, este Órgano estima que el recurso debe desestimarse por las razones que a continuación se exponen:

- 1) La documentación contractual es clara en exigir que en el archivo B se incluya un estudio luminotécnico de cada centro de mando; además, se establece que dichos estudios deben ajustarse a lo dispuesto en el Anexo 5 del Anexo F de la memoria descriptiva. Por su parte, a la pregunta efectuada por el recurrente de si “¿hay que presentar las 19 secciones una única vez en toda la oferta o presentar para cada centro de mando las secciones que correspondan?”, el poder adjudicador ha sido claro al especificar que “Es necesario presentar los estudios luminotécnicos que correspondan para cada centro de mando según modelos que figuran en el Anexo 5 del Anexo F de la memoria descriptiva”. El acto de exclusión señala que faltan en la oferta de RADIMER los cálculos lumínicos de las secciones 8 a 14, y que, al menos, las secciones 12, 13 y 14 son necesarias para relacionarlas con los cuadros de mando en los que hay caminos peatonales (se citan, como ejemplo, los cuadros de mando 1, 8, 9, 10 y 41).
- 2) Lo anterior supone que, como bien indica el informe del poder adjudicador, no sea posible la evaluación de las ofertas en pie de igualdad; téngase en cuenta que los estudios luminotécnicos elaborados de modo sistemáticamente uniforme se exigen para comprobar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, pero también para aplicar homogéneamente a todas las proposiciones uno de los criterios de adjudicación, en concreto, el criterio “Estudios luminotécnicos” (apartado 23 A de la carátula del PCAP).



- 3) Finalmente, los propios pliegos son claros al establecer que la documentación omitida es un requisito imprescindible para la validez de la oferta, bajo pena de exclusión (ver, por ejemplo, el apartado 49 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, C-523/16, ECLI: EU:C:2018:122).

7.1.4. Exclusión del licitador que ha presentado la mejor oferta en el trámite del artículo 150.2 LCSP

[Resolución 28/2021](#)

No hay ninguna estipulación de los pliegos que obligue al licitador a acreditar cómo va a satisfacer el requisito de completar el despliegue de las licencias FIREEYE. Así, el apartado 11.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) señala la documentación relativa a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor que debe aportar el licitador, y en él no hay ninguna mención al modo en el que se va a cumplir el requisito debatido; tan solo se indica una “relación y descripción detallada” de las licencias a suministrar y desplegar. Tampoco puede entenderse que el artículo 150.2 de la LCSP (requerimiento de documentación al licitador que ha presentado la mejor oferta) habilite por sí solo al poder adjudicador a solicitar la acreditación debatida, pues la norma solo se refiere a los requisitos de aptitud (especialmente solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar) cuya acreditación provisional se produce mediante el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) y a la disposición efectiva de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2 de la LCSP. Por todo ello, a la vista de esta regulación legal y del propio contenido de los pliegos, no cabe en este trámite pedir un documento que pruebe el cumplimiento del requisito cuyo incumplimiento fundamenta la exclusión impugnada.

(...)

[Resolución 080/2024](#)



(...) equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta (como pide el artículo 150.2 de la LCSP) debe limitarse a incumplimientos totales de ciertas obligaciones o si el requerimiento no se cumple en modo alguno (ver, por ejemplo, la Resolución 150/2018 del OARC / KEAO), lo que conllevaría unos incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta, y que no se corresponden con lo sucedido en el caso presente.

7.1.5. Motivación insuficiente de la exclusión

[Resolución 63/2022](#)

En el presente caso, la falta de motivación adecuada del acto impugnado es relevante por causar indefensión al interesado destinatario del mismo. Así, por un lado, el argumento sobre la ausencia de indicación de los precios unitarios se fundamenta sobre una base fáctica errónea, pues como se advierte en la captura de pantalla de la oferta de Lyreco reproducida en esta Resolución dichos precios unitarios constan de manera clara y evidente, por lo que no puede ser aceptado; por otro, en lo que se refiere al incumplimiento de la prescripciones técnicas igualmente debe decaer, pues (i) el poder adjudicador no cita, ni en el fundamento del acto impugnado ni en su informe de respuesta al recurso, cuál es el concreto apartado de los pliegos que establece la exigencia que invoca en lo relativo a la imposibilidad de presentar marcas blancas (en el caso de la recurrente, marca propia); (ii) no se acredita por el poder adjudicador porque los productos ofertados por LYRECO no cumplen con las necesidades requeridas, ni se prueba que no sean similares a los señalados por el PPT; y (iii) no cabe considerar como verdaderas prescripciones técnicas de conformidad con lo establecido en los artículos 125 y 126 de la LCSP por su propio carácter genérico las meras referencias en el PPT a una determinada marca o similar de los 133 artículos a suministrar, por lo que su presunto incumplimiento tampoco puede ser un motivo de exclusión.



7.1.6. Exclusión basada en una redacción de los pliegos intencionadamente imprecisa

[Resolución 67/2022](#)

La recurrente alega que la oferta de SMITHS incumple las medidas establecidas en el PPT relativas a la longitud de las medidas de la aguja útil. No obstante, este OARC / KEAO no advierte dicho incumplimiento por las siguientes razones:

- 1) El hecho de que Osakidetza haya establecido unas dimensiones aproximadas impide, por un lado, que se puedan admitir agujas de cualquier medida, pero permite, por el otro, el suministro de aquéllas que no poseen las medidas exactas de referencia, pero se aproximan a ellas. Así ocurre en la presente licitación, en la que, la adjudicataria presenta unas agujas que en su longitud media y larga presentan una medida superior en 1mm y 2 mm, respectivamente, sin que se pueda afirmar que esta desviación choca frontalmente con las prescripciones técnicas requeridas. Además, conforme a lo manifestado por SMITHS en sus alegaciones al recurso, el recurrente tampoco oferta unas agujas con las medidas exactas del PPT.
- 2) En las bases de la licitación no se ha establecido un margen de desviación tolerable, ni parece haber sido esta la intención de Osakidetza a la vista de las prescripciones técnicas. En todo caso, el recurrente no ha acreditado razón técnica alguna que justifique que las agujas con las concretas medidas propuestas por el adjudicatario no puedan cumplir satisfactoriamente con el objeto y la finalidad del contrato y la oferta deba ser excluida; por el contrario, tan solo pretende, en una interpretación contraria a lo literalmente expresado en el PPT, que únicamente se admitan las concretas medidas que a modo de referencia figuran en el PPT, lo cual no puede ser aceptado.

(...)



Finalmente, debe recordarse que este Órgano ha señalado que una decisión tan grave como la exclusión de una proposición debe fundarse en una causa clara y atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad y transparencia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 67/2014, 183/2019 y 176/2021 del OARC / KEAO), lo que no puede decirse que suceda en este caso, en el que el recurrente pretende excluir la oferta del adjudicatario aplicando en su perjuicio una prescripción redactada por el órgano de contratación en términos deliberadamente imprecisos.

7.1.7 Supuestos en los que cabe la exclusión de una oferta por oposición al pliego de prescripciones técnicas

[Resolución 189/2023](#)

Tal y como ha expuesto reiteradamente este Órgano (ver, por todas, su Resolución 73/2023, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 29/11/2021, nº 1392/2021, ECLI:ES:TS:2021:4369 y la jurisprudencia anterior que cita), no es necesario que las ofertas acrediten expresamente el cumplimiento de todas y cada una de las prescripciones técnicas del contrato porque la mera presentación de la proposición ya supone el acatamiento de la documentación contractual, según el artículo 139.1 de la LCSP. No obstante, cabe la exclusión de una oferta cuando

- (i) no incluya la acreditación, solicitada expresamente por los pliegos, del cumplimiento de una prescripción, o
- (ii) cuando su contenido se oponga frontalmente a dichos pliegos.

7.1.8 No cabe la exclusión de un licitador por no cumplir o acreditar un criterio de adjudicación

[Resolución 189/2023](#)

(...) debe aplicarse la reiterada doctrina de este Órgano según la cual la falta de cumplimiento o acreditación de un aspecto de un criterio de adjudicación puede



suponer una puntuación menor o incluso nula en dicho criterio, pero no la exclusión de la oferta (ver, por ejemplo, la Resolución 102/2022 del OARC / KEAO), tal y como ha ocurrido en el presente supuesto en el que la oferta de la adjudicataria ha obtenido una menor puntuación que la de la recurrente.

7.1.9 No cabe justificar la exclusión de la oferta con motivos novedosos aportados con el informe de respuesta al recurso

[Resolución 153/2024](#)

Por otro lado, no cabe aceptar las nuevas razones dadas por el poder adjudicador en el informe de contestación al recurso (no presentación de las fichas técnicas y/o seguridad de las pastillas mencionadas) para justificar la exclusión de la recurrente por extemporáneas, ya que no han podido ser combatidas por COPROLINOR. Por todo ello, el recurso debe estimarse, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que la oferta de la recurrente sea incluida en la licitación.



8. Adjudicación y otras formas de finalización del procedimiento de contratación

8.1. Motivación y discrecionalidad técnica

[Resolución 209/2019](#)

Por lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, debe señalarse que supone que el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el 10/12 OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 117/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.



8.1.1. Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica.

[Resolución 200/2019](#)

No nos hallamos ante un criterio automático por lo que el evaluador no está obligado a seguir ninguna regla de proporcionalidad siempre que se justifique, como lo ha hecho en este caso, la razón a la que obedece la diferencia en la puntuación. Téngase en cuenta que siempre que la regla o sistema de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor no se haya expresado en los pliegos de la licitación los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (ver, en este sentido la Resolución 11/2019 del OARC / KEAO y la jurisprudencia del TJUE en ella citada).

[Resolución 119/2020](#)

La motivación dada en este criterio tanto a la recurrente como a la adjudicataria está compuesta de dos párrafos, siendo el primero y más extenso idéntico para los dos licitadores, salvo en lo referente al número de trabajadores que prestan su servicio en uno o dos centros de trabajo (7 y 8, respectivamente), y en el que se destaca que la mayoría de las trabajadores/as cumplen su jornada laboral en uno o dos centros (...) asegurando así el control y seguimiento de las labores realizadas en cada uno de ellos, de lo que se infiere que en la comparación de ofertas el hecho de que un licitador haya propuesto un trabajador más resulta indiferente al evaluador, quien en el legítimo ejercicio de la discrecionalidad que le asiste considera que ambas propuestas le satisfacen en este punto de igual manera; sin embargo, el segundo argumento utilizado en la motivación muestra diferencias de cierto calado en la valoración de ambas ofertas. Así, respecto de la oferta de ZAIN TZEN se realiza el reproche acerca del horario de limpieza de la oficina de alcaldía por haber sido planteado a la mañana en pleno horario de trabajo, mientras que se alaba la oferta de ISS al señalar que se considera que la planificación propuesta optimiza el servicio. A juicio de este Órgano, no queda justificada la razón por la que se otorga la misma puntuación a quien tiene un reproche en dicho subcriterio respecto del que



obtiene un elogio en el mismo. Nada se dice en el informe de valoración al respecto, y en el informe jurídico de contestación al recurso, se señala que la técnica municipal ha indicado en su motivación los aspectos más importantes y reseñables de las ofertas y que resulta muy complicado resumir en dos párrafos ofertas técnica de más de 100 páginas. Como se ha señalado anteriormente, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto, pero lo que no puede ser aceptado es que no se explique el razonamiento lógico que ha llevado a la técnica municipal a otorgar la puntuación debatida, pues ello infringe los límites de la discrecionalidad técnica, en especial, la interdicción de la arbitrariedad y los principios de igualdad de trato y oferta económicamente más ventajosa, que impiden atribuir la misma puntuación a una oferta a la que se le han encontrado reparos frente a otra que no ha recibido tacha alguna o ha sido positivamente valorada (ver en este sentido, la resolución de este Órgano 65/2020).

[Resolución 146/2020](#)

La única motivación expresada en el informe técnico que sustenta el acto impugnado para justificar los 9 puntos atribuidos a BRAUN es la siguiente: Lotes 26, 30 y 31 “Calidad insuficiente” y Lote 27 “Textura dura”.

A la vista de todo lo anterior, este Órgano considera que la aplicación del criterio de adjudicación debatido carece de una motivación suficiente. Es evidente que no consta ninguna alusión a los concretos aspectos de los productos analizados que son objeto de la valoración, salvo la escuetísima mención a la textura del lote 27 y que tampoco se emite ningún juicio razonado sobre si dichos aspectos aportan o no ventajas mensurables de acuerdo con el criterio de adjudicación aplicado y, en su caso, con qué alcance o en qué medida. En este sentido, debe rechazarse la afirmación del poder adjudicador de que “el simple hecho de asignar una puntuación y, en consecuencia, de encuadrar a cada oferta dentro de alguno de los tramos previstos ya implica la emisión de un juicio de valor motivado...”; por el contrario, tal actuación no da ninguna razón del proceso lógico seguido para adoptar la decisión, ni se refiere a aspectos concretos del criterio ni, finalmente, ofrece ninguna indicación útil para interponer un recurso fundado contra la adjudicación, por lo que en absoluto satisface mínimamente los requisitos de la motivación (ver, por ejemplo, la Resolución 46/2013 del OARC / KEAO).



Incluso la evaluación de las ofertas de los diversos adjudicatarios de los lotes impugnados con la asignación de la máxima puntuación posible es también completamente insuficiente, pues el término “producto óptimo” no puede ser menos expresivo, por ser un mero adjetivo que nada explica.

[Resolución 149/2020](#)

MATACHANA considera que se ha infringido el artículo 151 de la LCSP que establece los requisitos de motivación de la notificación de la adjudicación del contrato. En síntesis, este precepto señala que la adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores, se deberá publicar en el perfil de contratante y deberá contener la información necesaria que permita interponer recurso suficientemente fundado y, entre ella y en todo caso, 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. En el procedimiento que nos ocupa, el acuerdo de adjudicación manifiesta en su antecedente segundo que, examinado el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (de fecha 7 de mayo de 2020) y el informe de criterios evaluables mediante fórmulas (de 28 de mayo de 2020), se relaciona, por cada uno de los licitadores admitidos, la puntuación global obtenida en los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor y en los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas. Se observa también en el expediente que, con fecha 15 de mayo de 2020, se puso a disposición de los licitadores en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi el denominado Informe técnico en el que se valoran las ofertas conforme a los criterios de adjudicación que dependen de juicios de valor al que se remite el antecedente segundo del acuerdo de adjudicación y dado que el recurrente ha accedido a dicho informe, como puede apreciarse en el propio escrito de recurso, debe concluirse que, en el peor de los casos, la omisión de la notificación del informe es una irregularidad no invalidante porque no ha causado indefensión alguna (ver, en este sentido, el artículo 48.2 de la Ley 36/2015, del procedimiento administrativo común, y la Resolución 80/2019 del OARC / KEAO).



[Resolución 20/2021](#)

Revisado el informe técnico que sustenta la adjudicación, se observa que, si bien se hace un extenso resumen de las ofertas y se atribuyen puntuaciones a cada una de ellas, no consta la valoración que cada una de las proposiciones merece al informante. Dicho de otro modo, no consta un juicio u opinión sobre el contenido de las ofertas que vincule los materiales analizados y las puntuaciones. Tan solo figura una larga exposición de datos, pero no es posible saber cuáles de ellos son decisivos para obtener una calificación favorable de la oferta, y en qué grado. Debe recordarse que la motivación supone dar plena razón del proceso lógico que lleva a adoptar una decisión, y que ello implica que consten los elementos valorados, la puntuación atribuida y el juicio que merecen los elementos tras aplicar los criterios de adjudicación, que debe ser coherente con los otros dos requisitos. Faltando este juicio, la motivación es insuficiente, por lo que el recurso debe estimarse.

[Resolución 29/2021](#)

Por otro lado, no cabe oponer a ello, como lo hace el poder adjudicador, la falta de diligencia del recurrente al no solicitar el informe técnico o el acceso al expediente, pues en ningún caso cabe imponer a los interesados en un procedimiento administrativo la carga de solicitar la información que obligatoriamente han de contener los actos administrativos. La motivación de la adjudicación es una obligación del poder adjudicador que ha de ser debidamente cumplida por éste, mientras que la solicitud de los documentos que obran en el expediente administrativo o el acceso al mismo es un derecho del recurrente en su relación con el poder adjudicador que, como tal, puede ser ejercido o no (ver, en este sentido la Resolución 44/2017 de este OARC / KEAO).

[Resolución 39/2021](#)

Este órgano ha señalado que la finalidad fundamental de los criterios de adjudicación es la comparación entre ofertas para determinar cuál de ellas es la más ventajosa (lo que diferencia esta figura de la solvencia o del respeto de las prescripciones técnicas, que se aprecia únicamente en relación con los pliegos y sin comparar las ofertas);



consecuentemente, es una aplicación incorrecta de los mismos atribuir las correspondientes puntuaciones sin que previamente se haya efectuado dicha comparación (ver, por todas, la Resolución 119/2019 del OARC / KEAO y las que en ella se citan). No obstante, el hecho de que varias o todas las proposiciones presentadas obtengan la misma puntuación en algunos criterios no significa necesariamente que no haya existido comparación entre ellas (ver la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO). Téngase en cuenta que es perfectamente posible que, en uso de su discrecionalidad técnica, y aunque las ofertas no sean iguales, el poder adjudicador no identifique en ellas ningún aspecto significativo que las haga más ventajosas (o menos ventajosas) y las diferencie a los efectos de atribuirles mayor o menor puntuación. En este caso, la atribución de puntuaciones idénticas en varios criterios no se debe a una falta de comparación, sino a que el Comité, después de analizar las proposiciones y encontrarlas similares en lo fundamental, no ha encontrado en ellas aspectos sustanciales que las diferencien para bien o para mal. En este sentido, los epígrafes en los que se produce la igualdad de puntuación se satisface plenamente el requisito de motivación: se seleccionan las características relevantes de las ofertas, se explica que, para dichas características, todas las propuestas son iguales y, finalmente, se expone la única conclusión posible de todo ello, que es la atribución de idéntica puntuación.

Por el contrario, en los casos en los que se establecen diferencias de puntuación, dichas diferencias están bien sustentadas en aspectos objetivos y concretos negativos o positivos de cada proposición perjudicada o beneficiada (plazos de prestación del servicio, metodología genérica o específica, protocolos de actuación, propuestas cuantificables en días u horas, medios humanos aportados, etc.).

[Resolución 111/2021](#)

(...) el argumento de que no se ha respetado el método de valoración previsto en los pliegos debe aceptarse por los siguientes motivos:

- 1) Los pliegos incluyen un “baremo” que, para cada uno de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, clasifica las proposiciones en cuatro



categorías, descritas por referencia a su “desarrollo y alcance” (desde “Oferta insuficiente”, la valoración más baja, hasta “Oferta destacable”, la valoración más alta). Especialmente significativo a los efectos de la presente Resolución es que la puntuación que cabe otorgar a las ofertas, en razón de la categoría en la que se incluyen, se limita “hasta” un cierto porcentaje de la puntuación máxima del criterio.

- 2) Lo anterior supone que no hay una correlación unívoca y automática entre la inclusión de una oferta en una categoría y la atribución de una cantidad concreta de puntos. Por el contrario, la citada cantidad concreta de puntos debe asignarse después de evaluar las proposiciones; dicha evaluación debe realizarse ejerciendo la discrecionalidad técnica que ampara en esta tarea al poder adjudicador y respetando sus límites (ver, entre muchas, la Resolución 92/2021 del OARC / KEAO), uno de los cuales es precisamente que se siga el método de valoración que figura en los pliegos, que establece una horquilla de puntuación para cada categoría.
- 3) En particular, debe recordarse que la evaluación de los criterios de adjudicación requiere comparación entre ofertas, lo que los diferencia de, por ejemplo, los criterios de solvencia, que actúan como requisitos de admisión previa mediante la comparación de cada proposición con un umbral mínimo predeterminado, o de la verificación del cumplimiento de las prescripciones técnicas, que no pide la comparación entre las proposiciones sino únicamente del contraste con el correspondiente pliego. Consecuentemente, no cabe atribuir las puntuaciones sin que previamente se haya efectuado dicha comparación (ver, por todas, la Resolución 119/2019 del OARC / KEAO y las que en ella se citan).
- 4) Aunque la comparación es un elemento esencial de la aplicación de los criterios de adjudicación, el hecho de que algunas o todas las proposiciones presentadas obtengan la misma puntuación en algunos criterios no significa necesariamente que no haya existido comparación entre ellas (ver la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO). En este sentido, en la Resolución 39/2021 del OARC / KEAO se señalaba que es posible que, a pesar de que las ofertas no sean iguales, el poder adjudicador no identifique en ellas ningún



aspecto significativo que las haga más o menos ventajosas que las diferencie para atribuirles puntuaciones diferentes; no obstante, esta consideración debe ajustarse a los ya reiterados límites de la discrecionalidad técnica y producirse después del correspondiente proceso de valoración.

- 5) A juicio de este Órgano, el caso analizado no obedece a un supuesto como el descrito en el apartado 4) anterior. Como expresamente señala el propio poder adjudicador en su informe de contestación al recurso, la atribución de idéntica puntuación a todas las ofertas incluidas en la misma categoría no se ha producido después de un proceso de comparación, sino que se trata de una decisión preconcebida, motivada por el deseo de evitar una “excesiva subjetividad” en la evaluación. Esta decisión es contraria a lo previsto en los pliegos, que establecen un método de valoración que, como ya se ha dicho, limita el margen de apreciación del poder adjudicador para atribuir las puntuaciones pero no lo anula, ni desde luego elimina la obligación de comparar las proposiciones y de reflejar las consecuencias de dicha comparación en la puntuación final.

[Resolución 136/2023](#)

- 1) Revisado el informe técnico que sustenta la adjudicación, se observa que, (i) en algunos casos, no consta el material valorativo sobre el que el informante técnico ha de expresar su juicio técnico y (ii) en todos los aspectos valorados falta el propio juicio valorativo, pues no cabe entender que el mismo haya sido realizado por el hecho de que se utilicen las expresiones “Muy Buena” o “Buena” que aparecen en el informe, ya que no se explica por qué se llega a esa conclusión. Dicho de otro modo, y, de forma general, no consta un juicio u opinión sobre el contenido de las ofertas que vincule los materiales analizados y las puntuaciones otorgadas, por lo que no es posible saber por qué algunas características son valoradas, en qué forma y en qué grado y otros aspectos no lo son. Debe recordarse que la motivación supone dar plena razón del proceso lógico que lleva a adoptar una decisión, y que ello implica que consten



los elementos valorados, la puntuación atribuida y el juicio que merecen los elementos tras aplicar los criterios de adjudicación, que debe ser coherente con los otros dos requisitos.

- 2) Por otro lado, tampoco constan dichos juicios a lo largo del expediente (actas de la Mesa, por ejemplo), más allá de los expresados, de forma extemporánea, en el informe de contestación al recurso y que no pueden ser atendidos, pues no han podido ser combatidos por la recurrente en la presente impugnación (ver, la Resolución 4/2022 del OARC/KEAO).
- 3) La consecuencia de la falta de juicio valorativo y, en ocasiones, del propio material analizado supone que la motivación no puede cumplir su función de facilitar la interposición de un recurso fundado o el control jurídico que este Órgano ejerce, por lo que deben retrotraerse las actuaciones en el sentido expresado en el apartado c) siguiente (ver, por ejemplo, las Resoluciones 101/2017 y 111/2019 del OARC / KEAO).
- 4) En definitiva, la motivación es insuficiente, por lo que el motivo impugnatorio debe estimarse.

8.1.2. Libertad formal de la motivación

[Resolución 107/2019](#)

Se reprocha que de la motivación del acto impugnado se desprende que se han utilizado subcriterios no previstos en los pliegos y que no se derivan de los criterios de adjudicación en ellos establecidos. Por el contrario, este Órgano estima que en el informe técnico no se ha aplicado subcriterio alguno, sino que simplemente ha hecho uso de la libertad formal que asiste al poder adjudicador para plasmar su motivación, eligiendo dividir su exposición en varios epígrafes. En este sentido, aunque los epígrafes del informe técnico no siempre llevan el mismo título o utilizan exactamente las mismas palabras que emplean los pliegos, es claro que se refieren a los mismos



aspectos y que no se han valorado cuestiones que no figuran en la descripción de los criterios de adjudicación.

[Resolución 201/2019](#)

Sin embargo, también se deduce de la documentación de la que dispone este OARC / KEAO que la insuficiente motivación de la puntuación no ha impedido la interposición de un recurso fundado porque AURTENETXE ha accedido, aunque sea de manera extraprocesal e irregular, a la información relevante necesaria, por lo que dicha deficiencia no es un vicio invalidante (ver, por todas la Resolución 80/2019 del OARC / KEAO y el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

8.1.3. Motivación de la aplicación de los criterios con umbrales eliminatorios.

[Resolución 41/2019](#)

En este caso concreto debe además tenerse en cuenta que los criterios de adjudicación discutidos son eliminatorios para todas las ofertas que no obtengan, al menos, 11 puntos. Dado que una puntuación inferior a esa cuantía supone la exclusión de la oferta sin que ni siquiera se valoren los criterios sujetos a fórmulas, la necesidad de que la discrecionalidad sea correctamente ejercida es especialmente importante, ya que el perjuicio derivado de una hipotética aplicación inadecuada en los criterios debatidos no podría, en su caso, ser compensado por la puntuación otorgada en otros criterios, de modo que el licitador perjudicado pudiera incluso llegar a obtener finalmente el contrato (ver la Resolución 88/2018 del OARC / KEAO).

8.1.4. Motivación “in aliunde”

[Resolución 137/2019](#)

El artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA) dispone que la



aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Este OARC/KEAO ha considerado que, en estos casos, el requisito de la motivación se satisface cuando el texto de dichos documentos acompaña a la notificación del acto impugnado, pues en caso contrario sería tanto como exonerar al poder adjudicador de su obligación de notificar y motivar correctamente imponiendo al interesado la carga de que acceda por otras vías a dicha información (ver, en este sentido, la Resolución 30/2015 del OARC/KEAO que si bien se refiere al artículo 89.5 de la derogada Ley 30/1992, y al artículo 151.4 del derogado TRLCSP, sus conclusiones son plenamente aplicables al caso por ser el contenido de ambos artículos igual).

8.1.5. Motivación de la aplicación de los criterios sujetos a apreciación mediante fórmula

[Resolución 36/2020](#)

El reproche de que el acuerdo de adjudicación está insuficientemente motivado no puede aceptarse. Debe tenerse en cuenta que nos hallamos ante una licitación en la que todos los criterios de adjudicación se encuentran sujetos a evaluación automática mediante la aplicación de fórmulas (cláusula 8 del PCAP). Sobre esta cuestión, este Órgano ha señalado (ver, por todas, las Resoluciones 34/2018 y 143/2018) que, a diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad (artículos 35.1.i) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y 151 de la LCSP), los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. A este respecto, para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de un criterio de adjudicación de evaluación automática es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente, lo que sin duda sucede en este caso, en el que el recurrente puede efectuar su propio cálculo con los datos que figuran en la notificación de la adjudicación, lo cual ha sido suficiente para formular un recurso fundado en derecho.



8.1.6. Valoración sobre base fáctica errónea

[Resolución 152/2020](#)

Así, el juicio técnico se ha asentado sobre una base fáctica errónea (la existencia de una aplicación informática), 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. El informe técnico no es lo suficientemente detallado en su desglose de las puntuaciones otorgadas como para poder determinar si ese reflejo es o no relevante para conllevar una alteración en el orden de las ofertas y, consecuentemente, un adjudicatario distinto. Por otro lado, no puede aceptarse la alegación del Instituto Municipal de Deportes en la que se indica que, si bien la propuesta realizada de software no es detallada ni profusa, se considera una herramienta de software de gestión más que debe ser valorada, pues no acredita la existencia o en qué lugar de la oferta viene recogida dicha herramienta para poder justificar la conclusión de que no existe el error de valoración o de que este no es significativo. Por todo ello, y dada la existencia de una base fáctica errónea a la hora de la valoración de un criterio sujeto a juicio de valor, este OARC / KEAO considera que debe anularse el acto impugnado.

[Resolución 67/2021](#)

A juicio de este OARC/KEAO, en el subcriterio “Plan General” y en el subcriterio “Medios humanos”, el informante técnico incurre en error al señalar que “no queda claro quien se hace cargo del coste en la reposición de la flor de temporada” respecto del primero y que la recurrente “Realmente no presenta distribución de medios humanos” respecto del segundo. Y ello, porque consta en la memoria técnica de la recurrente (página 26) que la reposición de la flor de temporada será sin coste adicional para el Ayuntamiento, y la tabla 3.2.2 (página 87) “Tabla resumen personal directo con horario”, constituye una descripción de la distribución de los medios humanos por tareas y jornadas/año. Así, el juicio técnico se ha asentado sobre una base fáctica errónea (la falta de claridad de quien debe hacerse cargo del coste de reposición de la flor de temporada y la no existencia de una distribución de medios humanos), 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.

[Resolución 50/2022](#)

A la vista de lo anterior, la evaluación del criterio cuya aplicación se debate se basa, al menos en parte, en una base fáctica (“hechos determinantes”) errónea, lo que es una infracción de los límites impuestos al ejercicio de la discrecionalidad técnica (ver, por ejemplo, las Resoluciones 71/2016 y 72/2017 del OARC / KEAO).

8.1.7. Motivación posterior

[Resolución 12/2021](#)

La actuación del órgano de contratación no da razón del proceso lógico seguido para adoptar la decisión, impide el conocimiento de las razones que fundamentan la aplicación de los criterios de adjudicación y no ofrece ninguna indicación útil para interponer un recurso fundado; debe tenerse en cuenta que no es suficiente, a estos efectos, la motivación posterior, pues no pudo ser conocida por el recurrente antes de elaborar su impugnación (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, debe estimarse este motivo de recurso, con los efectos que se señalan en el siguiente apartado.

8.1.8. Fondo reglado de un criterio de adjudicación

[Resolución 50/2022](#)

El recurrente alega que la propuesta del adjudicatario de aportar el vehículo de referencia no puede valorarse como mejora porque es una prestación ya requerida en el PPT. El propio poder adjudicador admite en su respuesta al recurso que “Efectivamente, no es más que una prestación ofertada pero sin ninguna utilidad aplicable para el servicio” y afirma que “como tal ha sido recogida” y que “No obstante, como criterio, no se le asignó ningún valor en la puntuación a la empresa adjudicataria”. Este argumento del poder adjudicador no es aceptable porque el informe técnico incluye claramente entre las



mejoras útiles e interesantes en la ejecución del contrato una denominada “Vehículo Acuda y Custodia de llaves 24H”, sin ninguna matización específica sobre su importancia. En definitiva, se ha infringido el fondo reglado del criterio de adjudicación aplicado, pues la propuesta valorada no cumple los requisitos establecidos en los pliegos para ser considerado una mejora (ver, por ejemplo, la Resolución 88/2018 del OARC / KEAO).

8.1.9. Diferencia entre la aplicación de subcriterios no previstos y la exposición del método de valoración de los criterios de adjudicación

[Resolución 65/2022](#)

La alegación de que se han introducido criterios de adjudicación distintos o adicionales a los establecidos en los pliegos no puede prosperar. Concretamente, el recurrente imputa este incumplimiento a los criterios “beneficio de la mejora a la tomadora, de toda naturaleza, también económica”, “ventajas para asegurado, de toda naturaleza, también económica”, “aportación de la mejora “en sí misma”” y “aportación de la mejora en otras de características similares presentadas por las competidoras, incluyendo subepígrafes diferentes”. Ninguna de estos aspectos es contradictorio con la descripción de los criterios de adjudicación establecida en los pliegos ni puede considerarse un criterio novedoso. En realidad, ni siquiera se trata propiamente de “subcriterios” o criterios secundarios de otros criterios primarios o principales sino, más bien, del método de valoración de los criterios de adjudicación, el cual no tiene porqué constar en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 7/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14/7/2016, asunto C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30) y cuya exposición forma parte de la motivación de la adjudicación. Estos supuestos criterios “no previstos” se mencionan en la página 2 del informe técnico y son una explicación previa y general del modo en el que se aplicarán los criterios de adjudicación que luego van a evaluarse, pero sin mencionar específicamente ninguno de ellos y sin vinculación directa con ninguna oferta o puntuación.



8.1.10. La obtención de la mejor puntuación es un indicio de que no se ha pretendido perjudicar a la recurrente

[Resolución 147/2022](#)

Por otro lado, la UTE recurrente ha obtenido 39 de los 50 puntos posibles en los criterios sujetos a juicio de valor mientras que el resto de licitadoras han obtenido 33, 28 y 20 puntos respectivamente. Este hecho, por sí mismo, no es suficiente para acreditar que la actuación del órgano de contratación haya sido ajustada a derecho, pero sí constituye un indicio, ciertamente significativo, de que no se ha pretendido beneficiar a otras licitadoras en perjuicio de la recurrente, y de que no se ha vulnerado, a priori, el principio de igualdad de trato en contra de ella.

8.1.11 Aplicación del criterio de adjudicación introduciendo valoraciones que no se deducen de su contenido

[Resolución 166/2024](#)

A juicio de este Órgano, han de atenderse los argumentos de ZOSMA en cuanto que a la hora de la evaluación de la oferta de la recurrente se han introducido valoraciones que no pueden ni siquiera indiciariamente deducirse del propio subcriterio; es decir, la valoración es contraria al principio de transparencia porque no era previsible que fuera a producirse en los términos efectuados y justificados por el poder adjudicador.

8.1.12 No cabe que una oferta que aporta una ventaja sobre otra tenga menor puntuación que esta última

[Resolución 215/2024](#)

Sin embargo, en el segundo subcriterio Plan de Proyecto este Órgano considera que el poder adjudicador ha incurrido en error a la hora de valorar la propuesta de la recurrente. Así, en el informe técnico se expresan dos aspectos de las ofertas de la



recurrente y la adjudicataria de forma prácticamente idéntica, y la única distinción se encuentra en una mención de un tercer aspecto de la oferta de CINFO que tiene un eminente carácter positivo, no solo desde un punto de vista objetivo, sino también desde el subjetivo del informante, pues este escribe “En clave positiva, refleja un acortamiento de los plazos...”, y sin embargo no tiene el debido reflejo en la puntuación otorgada a CINFO. No es admisible que una oferta que ofrece una ventaja respecto a otra obtenga una menor puntuación, sin que sea aceptable la alegación del poder adjudicador en su escrito de contestación al recurso de que ese aspecto no era valorable en este subcriterio, por cuanto de ser así no debió ser así reflejado en el informe técnico; tampoco el hecho de que se diga ahora que en el resto de ítems del Plan de Proyecto la oferta de GESTIONET superaba a la de CINFO, pues, además de extemporáneo, dicho razonamiento no quedó reflejado en el informe de valoración. En consecuencia, debe estimarse este motivo impugnatorio con las consecuencias que más adelante se explicitan.

8.1.13 La falta de motivación es, en principio, una irregularidad formal, salvo que conlleve indefensión o impida al acto alcanzar su finalidad

[Resolución 229/2024](#)

AON alega que la notificación de la adjudicación no se acompañó del informe técnico de valoración de las ofertas, por lo que no se satisfacen los requisitos de la motivación “in aliunde” recogidos en el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), que establece que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de esta. Esta alegación no es aceptable. Como ya ha señalado anteriormente este Órgano, la falta motivación es un vicio formal, por lo que solo supone la invalidez del acto al que se refiere cuando conlleve indefensión o impida a dicho acto alcanzar su finalidad (ver el artículo 48.2 LPAC). Consecuentemente, la omisión de la notificación del informe técnico que soporta la adjudicación no supone la anulabilidad de la adjudicación cuando consta que el interesado ha podido acceder a él por otra vía (ver, por todas, la Resolución 17/2021 del OARC / KEAO). Ése es precisamente el caso analizado, como se deduce del propio contenido del recurso, que hace una amplia referencia a los contenidos de dicho informe, y de la documentación que obra en el



expediente en la que consta un acta de fecha 4 de julio de 2024 suscrito por Euskotren y representantes de la recurrente en la que se deja constancia de que se ha concedido el trámite de vista del Informe técnico de análisis de ofertas (documento 1).

8.1.14 Motivación de la aplicación de los subcriterios

[Resolución 106/2024](#)

(...) se reprocha también al poder adjudicador que la motivación no se adecúa al desglose de los criterios de adjudicación contenido en el Pliego que rige la licitación. A juicio de este Órgano, esta última alegación ha de ser estimada (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2015 este OARC/KEAO para un caso muy similar), y sin necesidad de entrar en este momento en las demás alegaciones, pues se considera que efectivamente el informe técnico que sustenta la puntuación debatida es claramente insuficiente en este sentido. Tal y como se ha reproducido más arriba, cada uno de los 5 criterios de adjudicación se dividen en varios subcriterios, 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 formula explicaciones que vinculen hechos, valoraciones y puntuaciones para cada subcriterio. Así, la motivación de la puntuación otorgada, al no hacer referencia a los criterios de adjudicación tal y como están plasmados en los Pliegos (artículo 150.1 LCSP), 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 151.2 LCSP). Esta omisión no puede suplirse por el desglose aportado en el informe de contestación al recurso, 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 en unos



pliegos firmes por consentidos, y que vinculan tanto al poder adjudicador como a los licitadores.

8.2. Otras formas de finalización del procedimiento

8.2.1. Desistimiento: razones de legalidad.

[Resolución 104/2019](#)

En concreto, en relación con el desistimiento, que se halla regulado básicamente en los mismos términos que en el derogado TRLCSP, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad que se trata de una decisión por la que se pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato (Resolución 031/2013) y que cualquier apreciación sobre la validez del desistimiento debe partir de la verificación de la existencia de una norma jurídica infringida (Resolución 65/2018). A ello hay que añadir que se debe justificar en el expediente la concurrencia de la infracción alegada y que el acuerdo de desistimiento se ha de adoptar antes de la formalización del contrato, que es el momento en que se perfecciona el contrato (artículo 36 de la LCSP) y en el que, en consecuencia, el contrato obliga, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 del Código Civil).

Finalmente, cabe añadir que, a los efectos de apreciar si el acuerdo de desistimiento se ajusta a los requisitos solicitados por el artículo 152 de la LCSP, resulta indiferente que el órgano de contratación se haya percatado de la infracción jurídica que concurre en el contrato a raíz de las alegaciones de un licitador que ha resultado excluido porque lo relevante es que, una vez advertido el vicio en el que se ha incurrido y que este es insubsanable, se ha adoptado la decisión correcta antes de la formalización del contrato.

[Resolución 143/2019](#)



En concreto, en relación con el desistimiento, que se halla regulado básicamente en los mismos términos que en el derogado TRLCSP, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad que se trata de una decisión por la que se pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato (Resolución 031/2013) y que cualquier apreciación sobre la validez del desistimiento debe partir de la verificación de la existencia de una norma jurídica infringida (Resolución 65/2018). A ello hay que añadir que se debe justificar en el expediente la concurrencia de la infracción alegada y que el acuerdo de desistimiento se ha de adoptar antes de la formalización del contrato, que es el momento de su perfección (artículo 36 de la LCSP).

(...)

En resumen, la fórmula que valora la oferta económica, que únicamente cabe aplicarla en sus propios términos, incumple el artículo 145.5.c) de la LCSP, pues no garantiza que todas las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva siendo, además, un error insubsanable, por lo que la decisión de desistir del procedimiento de adjudicación se ajusta a derecho.

[Resolución 152/2021](#)

(...) debe concluirse que el desistimiento impugnado no se ajusta a Derecho por las siguientes razones:

- 1) El órgano de contratación desiste única y exclusivamente sobre la base de que se ha omitido en los pliegos la información relativa a los trabajadores a subrogar. Sin embargo, no consta que se hayan incumplido las obligaciones que el artículo 130 de la LCSP atribuye al poder adjudicador y que, como ya se ha expresado, no alcanzan a garantizar la veracidad de la documentación correspondiente, la cual es responsabilidad del anterior adjudicatario. Por ello, no se puede decir que haya un acto administrativo inválido, pues los vicios legales solo proceden de actuaciones de un tercero que, en su caso, deberá responder por ellos en los términos establecidos en el artículo 130 de la LCSP, especialmente en su apartado 5; téngase en cuenta que la invocación de una infracción legal concreta infringida es un elemento esencial del desistimiento, y en este caso no consta.



8.2.2. Desistimiento antijurídico

[Resolución 152/2021](#)

Es relevante en este caso que no nos hallamos en la fase de presentación de ofertas, en la que la información contractual se pone a disposición de todo aquél que se halle interesado en presentar una oferta con la finalidad de que dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus propuestas contractuales e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (supuesto en el que las inexactitudes de la información sobre subrogación pueden sustentar un recurso especial contra los pliegos). Por el contrario, en este momento procedimental consta que dos operadores económicos ya han presentado una propuesta contractual. En estas circunstancias, se considera desproporcionado que la supuesta infracción del principio de transparencia (único vicio de legalidad esgrimido por el poder adjudicador en el acuerdo de desistimiento) sea suficiente para desplazar el legítimo interés del recurrente (único perjudicado efectivo por la inexactitud de la información y que, sin embargo, mantiene su proposición y se opone al acto impugnado) en obtener el contrato.

Finalmente, se da una circunstancia adicional que abunda en el carácter antijurídico del desistimiento. El contratista saliente, que conoce perfectamente los costes derivados de la obligación de subrogación, ha participado en el procedimiento de adjudicación presentando una oferta y ha comunicado una relación de trabajadores con derecho a subrogación una vez que tiene conocimiento de que su oferta ha sido excluida. En esta fase de la licitación, la decisión recurrida beneficia al licitador que ha causado el vicio o defecto, que lo manifiesta única y exclusivamente cuando puede obtener un provecho del mismo dada la alta probabilidad de que el desistimiento suponga una nueva licitación en la que podrá participar con la expectativa de resultar ser adjudicatario. Consecuentemente, debe aplicarse aquí el principio jurídico que expresa que nadie puede beneficiarse de una ilicitud creada por él mismo (ver, por



ejemplo, la Resolución 172/2020 del OARC / KEAO), el cual se vería infringido si este Órgano desestimara el recurso.

8.2.3. Decisión de no adjudicar o no celebrar el contrato por razones de interés público

[Resolución 140/2021](#)

El artículo 152.3 de la LCSP permite que el poder adjudicador decida no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público, no pudiendo promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar tal decisión. Esta forma de finalizar el procedimiento de adjudicación se halla regulada básicamente en los mismos términos que el derogado TRLCSP por lo que es de aplicación toda la doctrina que al respecto ha desarrollado este OARC / KEAO (ver las Resoluciones 116/2013, 91/2015 y 31/2016) y que se resume en que se trata de una decisión basada en motivos de oportunidad que aconsejan no continuar el procedimiento de adjudicación, aunque tampoco puede descartarse que el poder adjudicador pueda usarla ilegítimamente para eludir el cumplimiento de una Resolución del OARC / KEAO o perjudicar a un licitador bien posicionado para obtener el contrato, 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); por ello, es fundamental en el análisis de la legalidad de la renuncia la verificación de la consistencia de los motivos de interés público alegados para sustentarla, que debe apreciar, entre otras cosas, que dichos motivos sean coherentes con los hechos y el itinerario procedimental anteriores al acto ahora impugnado. A todo ello se debe añadir la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 31) que ha manifestado que la normativa sobre contratación pública europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves, así como que los procedimientos de recurso previstos en la Directiva 89/665 tienen por objeto el ejercicio de un control de legalidad y no de un control de oportunidad (apartado 44).



En suma, habida cuenta que la renuncia a celebrar el contrato es un acto discrecional del Órgano de contratación que por motivos de conveniencia considera adecuado no llegar a perfeccionar un contrato, este Órgano únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad que, en el supuesto que nos ocupa, consiste en verificar si concurren razones de interés público y si éstas están debidamente justificadas en el expediente, (ii) si comprobara que la decisión es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o (iii) si constatarla la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

(...)

Pues bien, con independencia del número de recursos interpuestos, del sentido de las resoluciones o del tiempo que haya requerido su tramitación y resolución, este motivo no es una razón de interés público que pueda justificar de ninguna de las maneras la renuncia al contrato. Téngase en cuenta que el recurso especial es el remedio establecido por la normativa europea (Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre) para garantizar a los licitadores la posibilidad de impugnar las decisiones de los poderes adjudicadores contrarias al Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública y a las normas nacionales que lo incorporan en un momento en el que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse, siendo ésta la finalidad de interés público a proteger (ver la STS de 23 de octubre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:4223). Consecuentemente, el recurso especial es un mecanismo de garantía establecido en defensa de los recurrentes cuyas consecuencias sobre el procedimiento de adjudicación el poder adjudicador tiene el deber jurídico de soportar.

Además de lo anterior, este Órgano debe señalar que los retrasos en la tramitación del procedimiento de adjudicación que nos ocupa son debidos en gran medida al tiempo que ha tardado el propio poder adjudicador en la ejecución de dos de las resoluciones que contenían pronunciamientos estimatorios de las pretensiones de la recurrente, por lo que el Órgano de contratación no puede basar la decisión de no



formalizar en sus propios incumplimientos (que se han tenido que remediar a través del recurso especial) y en las demoras para subsanarlos.

(...)

La segunda razón o motivo alegado de forma sucinta y escueta por el poder adjudicador viene a señalar que las necesidades que pretendía satisfacer el contrato han variado debido a que la matriculación y los datos de natalidad y tendencias a medio plazo han bajado sensiblemente en los últimos tres años. Sobre este argumento, se observa lo siguiente:

- 1) Este OARC / KEAO considera que no concurre uno de los requisitos reglados que exige el artículo 152.3 de la LCSP para que dicha decisión no sea tachada de arbitraria. En concreto, en el expediente se alegan unas razones de interés público que motivan la no celebración del contrato, sobre las que no se han aportado las justificaciones necesarias. Así, se alude genéricamente a la caída de la matriculación y la baja tasa de natalidad como las razones que motivan la necesidad de la no formalización, pero no se aporta ningún dato o cálculo que sustente estas afirmaciones.
- 2) La afirmación tampoco puede ser contrastada o completada con la información contenida en la documentación obrante en el expediente administrativo de contratación, pues en el remitido a este Órgano no consta la actuación preparatoria consistente en determinar las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado (artículo 28 de la LCSP; sobre la relevancia de este requisito, ver, por ejemplo, la STSJPV de 28/6/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:4209). Por su parte, en la cláusula II del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), bajo el epígrafe de “Necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato”, únicamente se efectúa una descripción de la intervención a proyectar y, si bien se especifica que la finalidad es la de trasladar el CEIP Virgen de Oro HLHI a las alas norte y este del colegio de los Padres Paules, no se detallan las razones a las que obedece esta decisión, que pueden ser de lo más variadas, como la falta de espacio o porque no cumple con las condiciones. Todo ello ha ocasionado que el recurrente haya tenido que acudir a hipótesis e



informaciones no contenidas en el expediente administrativo para sustentar su recurso.

(...)

Debe señalarse que la necesidad de motivación o justificación de la decisión de no formalizar el contrato debe ser especialmente exigente en un supuesto como el que nos ocupa por darse dos circunstancias, relacionadas con el itinerario del procedimiento de adjudicación y los antecedentes del presente recurso:

- (i) D. J.M.S. ha tenido que acudir al recuso especial en defensa de sus intereses en relación con dos de las decisiones adoptadas en el procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador, la de desistir del procedimiento de adjudicación y la de adjudicar el contrato a otra empresa, obteniendo de este OARC / KEAO en ambos supuestos una resolución estimatoria a sus pretensiones (Resolución 168/2019 y Resolución 203/2019) y
- (ii) el poder adjudicador ha decidido no formalizar el contrato (3 de mayo de 2021) transcurridos siete meses desde la adopción de la decisión de su adjudicación (8 de octubre de 2020) y alegando motivos que no parecen haber surgido recientemente.

Sin embargo, el poder adjudicador no ha realizado un esfuerzo de motivación proporcionado a estas circunstancias, y ni siquiera ha aprovechado el trámite de contestación al recurso especial para ampliar la defensa del acto impugnado.

[Resolución 73/2022](#)

En resumen, el Órgano de contratación alega un cambio en las necesidades que motivaron el inicio del procedimiento de contratación, así como la idoneidad de su objeto para satisfacer las necesidades actuales. Este OARC / KEAO considera que el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:



- 1) Frente a la alegación genérica de una baja matriculación efectuada en la primera renuncia a la formalización del contrato (Resolución 140/2021 de este OARC / KEAO), en la decisión que ahora se impugna consta la justificación de dicha afirmación, consistente en los datos facilitados por la aplicación informática del Departamento de Educación de la que se desprende una bajada constante y pronunciada en la matriculación de alumnos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los motivos de la decisión de revocar una licitación pueden basarse en razones relacionadas, entre otras cosas, en la posible modificación del contexto económico o de las circunstancias de hecho, o incluso de las necesidades de la entidad adjudicadora de que se trata (ver, en este sentido, la STJUE de 11 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 35), siendo este último supuesto lo que el poder adjudicador ha justificado en el acuerdo ahora impugnado y, si bien la bajada de la matriculación no es una circunstancia reciente, lo cierto es que el gráfico aportado prueba dos extremos: (i) que dicha tendencia a la baja se mantiene durante el largo tiempo de tramitación del procedimiento de adjudicación y (ii) que el número absoluto de matriculaciones del año 2020 (116 más 3) justifica razonablemente el cambio de criterio de la decisión de trasladar el CEIP Virgen del Oro, pues el edificio en el que actualmente se halla es suficiente para alojar al número actual de niños, con independencia de las reformas de modernización y acondicionamiento que hayan de realizarse para su adaptación a las necesidades de accesibilidad.
- 2) Si bien la justificación aportada puede ser considerada sucinta, lo cierto es que resulta suficiente. Aunque es cierto que este contrato, que únicamente cabe ser calificado de poco meditado e inidóneo y con un itinerario procedimental accidentado y errático, ha provocado que el recurrente haya tenido que acudir al recuso especial en defensa de sus intereses en relación con tres de las decisiones adoptadas en el procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador, la de desistir del procedimiento de adjudicación, la de adjudicar el contrato a otra empresa y la de no formalizar el contrato, obteniendo de este OARC / KEAO en todos los supuestos una resolución estimatoria a sus pretensiones (Resolución 168/2019, Resolución 21/2020 y Resolución



140/2021), lo cierto es que un poder adjudicador no puede estar obligado a llevar a término y perfeccionar un procedimiento de adjudicación iniciado que no obedezca a sus necesidades. Téngase en cuenta que la finalidad del procedimiento de adjudicación de un contrato es satisfacer en las mejores condiciones posibles las necesidades del órgano de contratación, por lo que, si se alteran dichas necesidades, goza de la facultad de cancelar la licitación y de no llegar al perfeccionamiento del contrato. A este respecto, debe recordarse que el recurso especial es el ejercicio de un control de legalidad y no de un control de oportunidad (ver, en este sentido, la STJUE de 11 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 44).

- 3) Junto a la justificación de la baja matriculación en el CEIP el poder adjudicador alega otros motivos relacionados con la ampliación de la familia de los estudios de formación profesional y su futura ubicación en el edificio de Los Paules que el recurrente considera que, en lo que a la resolución del recurso se refiere, no resulta necesario su análisis, toda vez que este Órgano considera que el motivo de la bajada de la matriculación ha sido debidamente justificado.

[Resolución 93/2022](#)

El artículo 152.3 de la LCSP permite que el poder adjudicador decida no adjudicar o no celebrar el contrato por razones de interés público, no pudiendo promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar tal decisión. Esta forma de finalizar el procedimiento de adjudicación se halla regulada básicamente en los mismos términos que el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) por lo que es de aplicación la doctrina que al respecto ha desarrollado este OARC / KEAO (ver las Resoluciones 116/2013, 91/2015 y 31/2016) y que se resume en que se trata de una decisión basada en motivos de oportunidad que aconsejan no continuar el procedimiento de adjudicación, aunque tampoco puede descartarse que el poder adjudicador pueda usarla ilegítimamente para eludir el cumplimiento de una Resolución del OARC / KEAO o perjudicar a un licitador bien posicionado para obtener el contrato, 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 administrativo) o fraude de ley



(artículo 6.4 del Código Civil). Por ello, es fundamental en el análisis de la legalidad de la renuncia la verificación de la consistencia de los motivos de interés público alegados para sustentarla, que debe apreciar, entre otras cosas, que dichos motivos sean coherentes con los hechos y el itinerario procedimental anteriores al acto ahora impugnado. A todo ello se debe añadir la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 31) que ha manifestado que la normativa sobre contratación pública europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves, así como que los procedimientos de recurso previstos en la Directiva 89/665 tienen por objeto el ejercicio de un control de legalidad y no de un control de oportunidad (apartado 44). En suma, habida cuenta que la renuncia a celebrar o adjudicar el contrato es un acto discrecional del Órgano de contratación que por motivos de conveniencia considera adecuado no llegar a perfeccionarlo, el OARC / KEAO únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador:

- (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de la potestad ejercida, lo que, en el supuesto que nos ocupa, consiste en verificar si concurren razones de interés público y si éstas están debidamente justificadas en el expediente,
- (ii) si comprobara que la decisión es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique o tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o
- (iii) si constatará la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

Partiendo de esta base, debe analizarse primeramente los motivos que sustentan el acto impugnado para verificar su suficiencia para cumplir con lo dispuesto en el artículo 152.3 de la LCSP y posteriormente, en su caso, determinar si existe arbitrariedad en perjuicio de la recurrente o infracción de algún otro principio básico de la LCSP.



a) Sobre la motivación del acto impugnado

La renuncia a la adjudicación del contrato se fundamenta en la existencia de una serie de circunstancias que no se tuvieron en cuenta en la redacción de los pliegos del contrato impugnado y que conllevan la necesidad de añadir ciertos servicios al objeto del contrato para que éste satisfaga el interés público:

- en primer lugar, se trata de servicios extraordinarios de vigilancia y control de usuarios en transbordos derivados de actuaciones en las instalaciones con cortes de servicio ferroviario, los cuales no se contemplan en los pliegos, lo que supone una carencia respecto a los servicios de seguridad privada que debe cubrir ETS; estos servicios deben incluirse en los pliegos para que los mismos y los servicios de vigilancia ordinarios queden vinculados mediante las figuras de control de calidad y cumplimiento de turnos y rutómetro existentes, para poder asegurar la coordinación de todo el personal implicado en el servicio y la prestación correcta y útil del mismo.
- en segundo lugar, y en referencia al Territorio de Gipuzkoa, se señala la necesidad de proteger los trabajos de sondeos en la Nueva Red Ferroviaria del País Vasco; se alega la necesidad de continuar con servicios de vigilancia como el que se contrató por tramitación de emergencia en septiembre de 2021, cuyo plazo expiró en noviembre del mismo año; se trata de un acontecimiento excepcional y que suponía un grave peligro para los trabajadores, como se deduce de los sabotajes a maquinaria y elementos auxiliares; se alega que el servicio es necesario porque en 2022 se realizarán nuevo sondeos y que la inclusión de los citados servicios en la presente contratación se justifica por la situación de riesgo y por la improcedencia de nuevas tramitaciones de emergencia.
- no licitar conjuntamente los servicios citados en los dos apartados anteriores, incluyéndolos en los mismos pliegos, llevaría a duplicar la figura de Coordinador, lo que supondría falta de coordinación de servicios



y desaprovechamiento del personal disponible en caso de descubiertos, y no habría informes de registro de las incidencias diarias.

- los trabajos adicionales superan el porcentaje del 20% del presupuesto de licitación, límite que el artículo 204 de la LCSP establece para las modificaciones del contrato previstas en los pliegos.

A juicio de este Órgano, las citadas razones son suficientes para justificar el acto impugnado. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) Procurar que el contrato comprenda la integridad de su objeto no solo es una necesidad que debe atenderse para garantizar su correcta gestión, es también un imperativo para su adecuada configuración legal (ver, por ejemplo, los artículos 28.1 y 99. 1 y 2 de la LCSP). En este sentido, parece razonable entender, como hace ETS, que los servicios de vigilancia y control de los transbordos (ligados a actividades ordinarias y permanentes del poder adjudicador) y los de protección de los sondeos (en tanto en cuanto dure la causa que los justifica) han de figurar en el mismo procedimiento de adjudicación.
- 2) Los motivos de oportunidad alegados (especialmente, mejorar la coordinación de la ejecución del contrato y optimizar los sistemas de control de la calidad) pueden considerarse incluidos dentro de los que pueden sustentar el ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara a ETS para determinar el objeto del contrato y, por extensión, para decidir sobre la oportunidad de no celebrar el contrato si dicho objeto no satisface el interés general.
- 3) Frente a lo expresado en los dos apartados anteriores, el recurrente no ha acreditado que la citada discrecionalidad técnica se haya ejercido incorrectamente por basarse en motivos inadecuados o no pertinentes. En particular, debe descartarse que los servicios adicionales que se integrarían en el contrato que sustituya al impugnado puedan adquirirse acudiendo a su modificación; así, se observa que los pliegos no incluyen modificaciones previstas (artículo 204 de la LCSP), por lo que, entre otras cosas, sería



igualmente preciso renunciar a la celebración del contrato para adaptar los pliegos. Por otro lado, tampoco pueden encajar en la figura de la modificación no prevista (artículo 205 de la LCSP), habida cuenta de que se trata de servicios que responden a necesidades bien conocidas actualmente, lo que convertiría en un fraude de ley su no inclusión en la actual licitación para demorar la adquisición a la fase de ejecución del contrato; téngase en cuenta que los límites legales a la modificación de los contratos pretenden preservar los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia entre todos los licitadores (artículo 1.1 de la LCSP).

- 4) Debe señalarse que el posible incremento de los costes del nuevo contrato no se derivaría tanto de la renuncia impugnada como de la obligación, común a cualquier procedimiento de adjudicación, de que el presupuesto base de licitación se ajuste al mercado (artículo 100.2 de la LCSP).

b) Sobre la arbitrariedad de la decisión impugnada

El recurrente entiende que el itinerario procedimental previo a la adopción del acto impugnado demuestra su arbitrariedad; en este sentido, I –SEC estima que la finalidad real de la renuncia a la celebración es perjudicar a la recurrente, cuya oferta ya se había identificado como la más ventajosa. Este Órgano considera que la veracidad de este reproche no se deduce del expediente ni se acredita por I- SEC; en particular, se observa lo siguiente:

- 1) Con independencia del juicio legal que pueda merecer el trámite por el que el poder adjudicador solicitó a I-SEC aclaraciones sobre la documentación contenida en su oferta, cuestión que no es objeto del recurso, lo cierto es que no se acredita que dicha actuación demuestre la intención de demorar el procedimiento en perjuicio del recurrente. Por el contrario, que la aclaración se le requiriera a I–SEC obedece en última instancia a las alegaciones de un tercero y se fundamenta en dudas sobre el alcance de la proposición de la oferta designada como más ventajosa, sin que pueda deducirse de ello un tratamiento desigual por parte del órgano de contratación.



- 2) Por lo que se refiere a la emisión del informe de 25 de enero, que expone los argumentos que sirven de base a la renuncia a la celebración del contrato impugnada, no parece descabellado que el departamento de seguridad de ETS, servicio promotor de la contratación y principal interesado en su objeto, transmita al órgano de contratación su criterio fundamentado sobre la inadecuación de la celebración.
- 3) Por último, el hipotético perjuicio a la recurrente en una nueva licitación por haberse desvelado ya el contenido de su proposición sería, en todo caso, un efecto inherente a la repetición de un procedimiento de adjudicación y afectaría a todos los operadores económicos, sin que se pueda deducir trato discriminatorio contra I- SEC. Por otro lado, las nuevas ofertas que, hipotéticamente, presentarían los mismos operadores económicos serían forzosamente diferentes porque también lo sería la estructura de costes y el contenido del nuevo contrato.

[Resolución 091/2023](#)

La renuncia a la adjudicación del contrato se fundamenta en la existencia de una serie de circunstancias sobrevenidas producto de la disolución del Patronato y su integración el Ayuntamiento que, obviamente, no pudieron ser tenidas en cuenta en la redacción de los pliegos del contrato impugnado, como son:

- en primer lugar, una vez aprobada la integración se han observado irregularidades en la gestión del personal de la contrata que en la actualidad está prestando el servicio, que tienen su origen en órdenes dadas por la Dirección del Patronato y que pudieran dar lugar a la obligación por parte del Ayuntamiento, de asumir los trabajadores de la contrata que en la actualidad está prestando el servicio.
- Y, en segundo lugar, porque se están revisando todos los servicios que ofrecía el Patronato disuelto y que no se estaban prestando directamente por personal propio, considerándose desde esta Alcaldía que aquéllos servicios que son



prestados con estabilidad y en los que la gestión de personal no supondría excesivas dificultades para los servicios del departamento de personal del Ayuntamiento (como es el caso de la prestación del servicios de Pilates, danza, zumba, aerobio y gym dance), sería más eficiente que fueran prestados directamente con personal propio, lo que, en principio, debería suponer un ahorro, al no tener que abonar el Ayuntamiento el IVA ni el beneficio industrial del contratista.

A juicio de este Órgano, las citadas razones son suficientes para justificar el acto impugnado. En particular, se observa lo siguiente:

- 5) La constatación de posibles irregularidades por parte de la Dirección del Patronato en la gestión del personal de la contrata que venía prestando el servicio y que puede conllevar a que el Ayuntamiento tenga que asumir en su plantilla a dichos trabajadores es una circunstancia que se produce una vez que se procede a la disolución del Patronato Municipal de Deportes y su integración en el propio Ayuntamiento que hace inconveniente la continuidad del procedimiento. En este sentido, parece razonable pensar que una necesidad de corregir la irregular gestión del personal surgida con posterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación debe atenderse, lo que es coherente con el principio de la eficiente utilización de los fondos públicos (ver, por ejemplo, el artículo 1 LCSP).
- 6) El segundo motivo de oportunidad alegado (la opción de prestar el servicio con personal propio) puede considerarse también incluido dentro de los que pueden sustentar el ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al Ayuntamiento de Eibar para determinar cómo desea prestar los servicios de su competencia y, por extensión, para decidir sobre la oportunidad de no celebrar el contrato si estima que ello no satisface el interés general.
- 7) Frente a lo expresado en los dos apartados anteriores, el recurrente no ha acreditado que la citada discrecionalidad técnica se haya ejercido incorrectamente por basarse en motivos inadecuados o no pertinentes. Como se ha dicho en el apartado relativo a las cuestiones previas, el recurrente



fundamenta su recurso en base al desistimiento del procedimiento por infracciones legales no subsanables, por lo que, no siendo de aplicación ni los argumentos utilizados ni la doctrina y jurisprudencia invocadas, el correcto ejercicio de la discrecionalidad que ampara al poder adjudicador no ha sido desvirtuado, sin que este Órgano advierta infracción legal alguna en su ejercicio.

- 8) En definitiva, este Órgano considera que el poder adjudicador ha acreditado la existencia de razones de interés público para no adjudicar el contrato y que las mismas se encuentra debidamente justificadas o motivadas en el expediente, tal y como lo exige el apartado tercero del artículo 152 de la LCSP. Asimismo, y en cumplimiento de este mismo apartado, el hecho de que la prestación vaya a ser realizada por personal propio del Ayuntamiento descarta que se vaya a promover una nueva licitación.

[Resolución 100/2024](#)

El artículo 152.3 LCSP permite que el poder adjudicador decida no adjudicar o no celebrar el contrato por razones de interés público, no pudiendo promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar tal decisión. Esta forma de finalizar el procedimiento de adjudicación se halla regulada básicamente en los mismos términos que el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) por lo que es de aplicación la doctrina que al respecto ha desarrollado este OARC / KEAO (ver las Resoluciones 116/2013, 91/2015 y 31/2016) y que se resume en que se trata de una decisión basada en motivos de oportunidad que aconsejan no continuar el procedimiento de adjudicación, aunque tampoco puede descartarse que el poder adjudicador pueda usarla ilegítimamente para eludir el cumplimiento de una Resolución del OARC / KEAO o perjudicar a un licitador bien posicionado para obtener el contrato, 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). Por ello, es fundamental en el análisis de la legalidad de la renuncia la verificación de la consistencia de los motivos de interés público alegados para sustentarla, que debe apreciar, entre otras cosas, que dichos motivos



sean coherentes con los hechos y el itinerario procedimental anteriores al acto ahora impugnado. A todo ello se debe añadir la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, apartado 31) que ha manifestado que la normativa sobre contratación pública europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales o se base necesariamente en motivos graves, así como que los procedimientos de recurso previstos en la Directiva 89/665 tienen por objeto el ejercicio de un control de legalidad y no de un control de oportunidad (apartado 44). En suma, habida cuenta que la renuncia a celebrar o adjudicar el contrato es un acto discrecional del Órgano de contratación que por motivos de conveniencia considera adecuado no llegar a perfeccionarlo, el OARC / KEAO únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador:

- (iv) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de la potestad ejercida, lo que, en el supuesto que nos ocupa, consiste en verificar si concurren razones de interés público y si éstas están debidamente justificadas en el expediente,
- (v) si comprobara que la decisión es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique o tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o
- (vi) si constatará la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

Partiendo de esta base, debe analizarse primeramente los motivos que sustentan el acto impugnado para verificar su suficiencia para cumplir con lo dispuesto en el artículo 152.3 de la LCSP y posteriormente, en su caso, determinar si existe arbitrariedad en perjuicio de la recurrente o infracción de algún otro principio básico de la LCSP.

c) Sobre la motivación del acto impugnado

La renuncia a la adjudicación del contrato se fundamenta en la existencia de un desprendimiento de terrenos y de la estructura de pantalla de micropilotes en la



parcela donde se pretende construir los 52 apartamentos tutelados objeto del contrato que conlleva la necesidad de corregir el proyecto de ejecución del contrato, ya que la cimentación y contención del edificio recogido en el proyecto deben ser recalculadas y modificadas. Concretamente, el informe técnico suscrito por la responsable del Servicio de Gestión de Obras de la Dirección de Vivienda, Suelo y Arquitectura del Departamento de Planificación, Territorial, Vivienda y Transportes de 5 de diciembre de 2023 señala:

- “El 5 de diciembre de 2022 se produce un importante desprendimiento del terreno y de la estructura de pantalla de micropilotes en el extremo norte del ámbito de la parcela D del sector 01 de Lezo (Gipuzkoa). El desprendimiento se debe a la rotura de parte de la viga de coronación del pilotaje, aproximadamente desde el anclaje nº 18 en adelante, y del talud superior, afectando a la acera de la parte alta que se encuentra entre el propio talud y las viviendas, anulando, por consiguiente, el acceso peatonal del perímetro de la zona de ladera. [...]”
- **CONSIDERACIONES:** Una vez producido el desprendimiento, se realizan como actuaciones de emergencia las obras de consolidación del terreno con el aporte de tierras en la zona del desprendimiento que permiten garantizar la estabilidad de la ladera; a su vez, se bombea el agua de lluvia acumulada en la parcela. Estas medidas adoptadas tras el desprendimiento consiguen la estabilización provisional de la ladera, sin que en ningún caso éstas puedan considerarse como una solución definitiva en el tiempo. Por ello, resulta necesaria la redacción del “Proyecto de actuaciones de urgencia en la parcela D del sector 01 de Lezo” que resuelva la situación de inestabilidad de la ladera y permita la construcción de la edificación prevista en la parcela, minimizando tanto los daños ocasionados hasta el momento, así como los daños que se pudieran derivar de esta situación en el futuro. En dicho documento, se propone como solución definitiva una pantalla que cuenta con elementos activos durante las fases de la obra (anclajes al terreno de doble protección) y elementos pasivos para la situación definitiva (contrafuertes y cimentación superficial). Para obtener una estabilidad a largo plazo, despreciando la contribución de los anclajes, se consideran necesarias cargas de estabilización; una vez ejecutado el edificio, el peso de éste aportará la carga de estabilización necesaria.
- Para ello, el edificio a construir deberá adaptar su estructura (cimentación y contención) a la nueva situación de la parcela y a la nueva pantalla de contención, al ser ambas estructuras, pantalla de contención y estructura del



edificio, estructuras interdependientes. Para ello, la estructura de contención de la ladera está calculada para recibir el peso del edificio. Esto es, tanto el muro de contención del edificio como la primera línea de pilares contigua apoyarán en la zapata de la pantalla de contención y no en el terreno, tal y como estaba previsto. Esta interdependencia de las estructuras de pantalla de contención y del futuro edificio, conlleva que la cimentación y contención del edificio recogida en el proyecto de ejecución objeto de la licitación de las obras de construcción de 52 alojamientos dotacionales en la parcela D del sector 01 de Lezo, deban ser recalculadas y modificadas previamente a su ejecución”.

A juicio de este Órgano, la motivación reproducida es suficiente para justificar el acto impugnado. En particular, se observa lo siguiente:

- 9) El acuerdo de renuncia está fundamentado en circunstancias excepcionales de interés público o general como es la ocurrencia de un “importante desprendimiento del terreno” que provoca una situación de “gravedad” que requiere de actuaciones de emergencia para realizar obras de consolidación con el fin de garantizar la estabilidad de la ladera. Como consecuencia de lo anterior, el proyecto de ejecución del contrato ha de ser corregido, ya que la cimentación y contención del edificio recogido en el proyecto deben ser recalculadas y modificadas. Nos encontramos, por tanto, ante razones concretas de interés público que avalan la decisión de no adjudicar el contrato y que han alterado las circunstancias de hecho que dieron lugar al inicio de la licitación.
- 10) Los motivos de oportunidad alegados (especialmente, la corrección del proyecto de ejecución y de que el presupuesto base de licitación se ajuste al mercado (artículo 100.2 LCSP)) pueden considerarse incluidos dentro de los que pueden sustentar el ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara a la Administración para determinar el objeto del contrato y, por extensión, para decidir sobre la oportunidad de no celebrar el contrato si dicho objeto no satisface el interés general.



- 11) Frente a lo expresado en los dos apartados anteriores, el recurrente no ha acreditado que la citada discrecionalidad técnica se haya ejercido incorrectamente por basarse en motivos inadecuados o no pertinentes y las dos alternativas propuestas son del todo improcedentes. En particular, debe descartarse que la corrección del proyecto de ejecución que sustituya al actual pueda realizarse acudiendo a la modificación del pliego; así, se observa que los pliegos no incluyen modificaciones previstas (artículo 204 LCSP), por lo que, entre otras cosas, sería igualmente preciso renunciar a la celebración del contrato para adaptar unos pliegos que satisfagan las necesidades del órgano de contratación. Por otro lado, tampoco pueden encajar en la figura de la modificación no prevista (artículo 205 LCSP), habida cuenta de que se trata de trabajos que responden a necesidades bien conocidas actualmente, lo que convertiría en un fraude de ley su no inclusión en la actual licitación para demorar su adopción a la fase de ejecución del contrato; téngase en cuenta que los límites legales a la modificación de los contratos pretenden preservar los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia entre todos los licitadores (artículo 1.1 LCSP).
- 12) También ha de descartarse la alegación relativa a que al ser conocido el desprendimiento ocurrido con anterioridad al comienzo de la licitación, debió haber sido prevista la modificación en lo propios pliegos, pues, además de lo indicado en el párrafo anterior sobre que en los pliegos no se preveía ninguna modificación del contrato (salvo por la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria, cláusula específica 16 PCAP), lo cierto es que un poder adjudicador no puede estar obligado a llevar a término y perfeccionar un procedimiento de adjudicación iniciado que no obedezca a sus necesidades. Téngase en cuenta que la finalidad del procedimiento de adjudicación de un contrato es satisfacer en las mejores condiciones posibles las necesidades del órgano de contratación, por lo que, si se alteran dichas necesidades, goza de la facultad de cancelar la licitación y de no llegar al perfeccionamiento del contrato. En este sentido, es plenamente aplicable a este caso la Resolución 91/2023 de este OARC/KEAO que reproduce lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9/6/2022, nº 714/2022, ECLI:ES:TS:2022:2422, la cual indica que no es necesario que las razones de interés público invocadas



para fundamentar la renuncia deban tener “un carácter sobrevenido o exógeno al propio procedimiento de licitación, en la medida que lo que resulta determinante es que dichas razones de interés público persistan antes de la culminación del procedimiento de adjudicación del contrato público”, es decir, las razones pueden ser previas o conocidas con anterioridad a la licitación, tal y como ocurre en el presente supuesto.

- 13) En definitiva, no puede aceptarse que el acuerdo impugnado adolezca de falta de motivación, ya que la decisión de no adjudicar el contrato está suficientemente identificada y justificada, y no se aprecia que sea arbitraria o que produzca discriminación. Cuestión distinta es que la entidad recurrente discrepe de la motivación esgrimida por el órgano de contratación, lo cual no es motivo suficiente para la estimación del recurso.



9. La resolución del recurso

9.1. Cumplimiento y efectos

9.1.1. Incidente de ejecución respecto de una resolución del OARC/KEAO incumplida.

[Resolución 73/2018](#)

Analizado el acto impugnado, se observa que aplica el criterio de adjudicación debatido en los mismos términos que el acto anulado por la Resolución 34/2018, ignorando su contenido y eludiendo así el carácter directamente ejecutivo que le atribuye el artículo 49.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF). Consecuentemente, este OARC / KEAO entiende que debe anularse la adjudicación dictada por el órgano de contratación el día 13 de abril y cumplirse en sus propios términos la Resolución 34/2018. Debe recordarse, además, que la citada Resolución señala en su Fundamento jurídico décimo que la estimación del recurso no es una conclusión que pueda verse modificada ...por la circunstancia de que la aplicación de la fórmula arroje un resultado imposible, ya que su sustitución por cualquier otra, conocidas todas las ofertas, implicaría arbitrariedad por parte del poder adjudicador. No obstante, esta afirmación y la orden de retroacción de actuaciones impuesta por este Órgano, deben entenderse sin perjuicio de que dicho resultado imposible pudiera deberse a que la configuración del criterio de adjudicación es incompatible con el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un modo acorde con el interés público o a que dicho criterio está afectado por un vicio de legalidad insubsanable, en los términos descritos en los apartados 3 y 4, respectivamente, del artículo 155 del TRLCSF.

[Resolución 208/2019](#)

(...) se estima que la verdadera naturaleza del escrito es la de plantear un incidente de ejecución en relación con las Resoluciones 98/2019 y 99/2019 de este OARC/KEAO, íntimamente ligadas entre sí, por lo que es aplicable el artículo 36.3 del RRM. Este precepto establece, como únicos trámites, que se dé traslado a los interesados del citado escrito y de la documentación que lo acompaña para que



aleguen cuanto estimen oportuno en el plazo de diez días hábiles, tras los cuales se resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles. De acuerdo con lo señalado en el Antecedente de Hecho tercero, dichos trámites se pueden dar por cumplidos.

9.1.2. El OARC/KEAO no puede establecer “a priori” un contenido determinado de los pliegos

[Resolución 98/2018](#)

En la pretensión del recurso se solicita que se proceda a la redacción de unos nuevos pliegos en los que se divida el contrato en lotes. Este OARC/KEAO no puede dar satisfacción a esta petición ya que como consecuencia de la declaración de invalidez de la totalidad de los pliegos, el órgano de contratación redactará unos nuevos en los que podrá configurar nuevamente el objeto del contrato. Consecuentemente, habrá de estarse a la estructura de la obligación plasmada en estos nuevos pliegos y a la motivación aportada en el expediente para justificar la división o no del contrato en lotes para concluir si tal decisión se halla dentro de los límites del ejercicio de una potestad discrecional.

9.1.3. Efectos de la anulación de los pliegos por no justificar la división en lotes

[Resolución 136/2018](#)

El alcance y la importancia de las cláusulas que deben anularse implica la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación; en particular, la anulación de un criterio de adjudicación implica en todo caso la cancelación de la licitación (ver, por ejemplo, la resolución 104/2018 de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:651, asunto C-448/01). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la estimación del motivo recogido en la letra a) anterior (la no división en lotes del contrato) implica la anulación del apartado 1.3 de la carátula del PCAP, pero no impide que los pliegos de una hipotética



nueva licitación contemplen, en su caso, la no división en lotes del objeto del contrato, siempre que ello esté debidamente motivado en razones que lo permitan.

[Resolución 95/2019](#)

(...) A la vista de todo lo anterior, los motivos de recurso estimados y los efectos de dicha estimación son los siguientes:

- 1) La falta de motivación de la no división de la prestación en lotes conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación por afectar a un elemento esencial del contrato; no obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano emita, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento sobre la misma prestación a la vista de la motivación que se aporte en los términos legalmente previstos. Análoga observación debe hacerse sobre la estimación del motivo referido a la insuficiencia del precio contractual.
(...)

9.1.4. Cancelación de la licitación pero no de los pliegos

[Resolución 138/2018](#)

El alcance y la importancia que tiene la información omitida en la elaboración de la oferta obliga a la estimación parcial del recurso y, por consiguiente, a la cancelación de la licitación (no así de los pliegos) al objeto de que se proceda a una nueva licitación en la que figure la información sobre el número estimado de servicios a solicitar en la documentación contractual.

[Resolución 88/2018](#)

Llegados a este punto, se observa que los juicios de valor emitidos en el informe técnico que sustenta el acto impugnado se refieren a puntos negativos de la oferta que se basan en cuestiones no contemplados en el PPT; en este sentido, se observa que el citado PPT no contiene mención alguna a aspectos como la ergonomía del



producto, el montaje de los tubos, las características del envoltorio o a que el suero pase o no por las baterías. Por lo tanto, la valoración no se ha ajustado al fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación tal y como este se describe en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 122/2017 del OARC / KEAO), que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculando a los operadores económicos y a la Administración. Si a esto se le añade que la puntuación otorgada supone la eliminación del recurrente y que dicha exclusión se produce, además, por un margen estrechísimo (24 puntos cuando se necesitaban 25), este OARC / KEAO entiende que debe anularse el acto impugnado. Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, ésta debiera conllevar, en principio, la retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva evaluación del criterio debatido; sin embargo, tal solución no es posible porque la valoración de las ofertas ya no podría realizarse con la separación de la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor y los sujetos a aplicación mediante fórmulas que exige el artículo 150.2 del TRLCSP, por lo que debe cancelarse la licitación. No obstante, el momento al que se deben retrotraer las actuaciones no ha de ser forzosamente el de la redacción de los pliegos, pues ningún reproche a ellos ha efectuado el recurrente, pudiendo optar el órgano de contratación por redactar unos nuevos pliegos o por reiniciar un nuevo procedimiento de adjudicación con base en los mismos (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2018 del OARC / KEAO)

9.1.5. Efectos de la resolución limitados por el principio de congruencia

[Resolución 158/2018](#)

Una vez desestimada la pretensión que tiene por objeto cancelar la licitación por no observarse el supuesto de hecho que pueda dar lugar a un “recurso indirecto” contra los pliegos y desestimada la pretensión de acceder a la oferta del adjudicatario impugnado por disponer el recurrente de toda la información precisa y hallarse el recurso sustentado en derecho, no procede entrar a examinar la adecuación de la valoración de la oferta a los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, pues ello implicaría el tener que emitir una resolución fuera de los límites de las pretensiones formuladas por el recurrente.



9.1.6. Retroacción posible por afectar a criterios automáticos

[Resolución 39/2019](#)

A la vista de las dos letras anteriores, se debe desestimar la pretensión de que la oferta de la adjudicataria sea excluida del procedimiento y se debe admitir la pretensión de que se declare la nulidad de la exclusión del recurrente, lo cual conlleva la anulación de la adjudicación y, habida cuenta de que todos los criterios de adjudicación se sujetan a fórmula, la retroacción del expediente al objeto de que se admita en el procedimiento de adjudicación la oferta del recurrente para que se proceda a su valoración y la posterior adjudicación a la oferta que resulte más ventajosa.

[Resolución 66/2019](#)

Expuesto todo lo anterior, debe estimarse la pretensión de anulación de la adjudicación en favor de GUEDAN, con retroacción de las actuaciones para la valoración del certificado de calidad lingüística aportado por EMTESPORT, ya que la modificación irregular del criterio de adjudicación no puede ser opuesta a la recurrente. Asimismo, satisfecha en parte la pretensión principal de la recurrente, se hace innecesario pronunciarse sobre la subsidiaria. En el supuesto que nos ocupa la retroacción es posible porque nos hallamos ante un criterio de adjudicación de apreciación automática.

9.1.7. Retroacción de actuaciones para emitir una motivación adecuada

[Resolución 111/2019](#)

A la vista de todo lo anterior, este Órgano considera que la atribución de puntuaciones carece de una motivación suficiente. Debe tenerse en cuenta que, al contrario de lo que se hace con las ofertas de AUSOLAN y EUREST, no se explican los motivos que



han llevado al evaluador a otorgar la puntuación a la oferta de la recurrente en cada uno de los criterios, al margen de la escueta motivación consistente en decir que la empresa no facilitó la visita a la cocina central señalada en la oferta por lo que no se ha podido valorar. Por otro lado, debe señalarse que el hecho de que no se haya facilitado la visita a la cocina central no puede penalizar en todos los criterios de adjudicación cuando la mayor parte de la prestación del objeto del contrato debe realizarse en las instalaciones del hospital de referencia de la OSI Barakaldo-Sestao (Hospital San Eloy) y la cocina central está destinada para satisfacer otras necesidades como emergencias o dietas especiales. Siendo esto así, la actuación del órgano de contratación no da razón del proceso lógico seguido para adoptar la decisión, impide el conocimiento de las razones que fundamentan la aplicación de los criterios de adjudicación y no ofrece ninguna indicación útil para interponer un recurso fundado contra la exclusión. Consecuentemente, debe estimarse este motivo de recurso, con los efectos que se señalan en la letra c) siguiente.

c) Conclusión

Por todo ello, procede anular el acto impugnado y ordenar el dictado de una nueva resolución de adjudicación adecuadamente motivada; debe tenerse en cuenta que la retroacción no implica una nueva valoración, sino únicamente la expresión motivada de la que ya se ha debido realizar y que ha concluido con la exclusión del recurrente por obtener tan solo 3 puntos.

[Resolución 12/2021](#)

(...)

- 1) Como ya ha señalado este OARC / KEAO (ver, por todas, la Resolución 116/2018) la motivación tiene, entre otras, la función de permitir que los interesados puedan interponer un recurso suficientemente fundado y, en su caso. Por ello, el artículo 151.2 de la LCSP establece que la adjudicación debe incluir la información necesaria para permitir dicha interposición. Respecto a los requisitos de la motivación, se ha señalado que debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión, de tal modo que se pueda revisar ésta. Los elementos básicos que deben constar son la descripción de los aspectos de las



ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio 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, cuyo fondo parcialmente reglado debe, en todo caso, respetarse. La finalidad básica de la motivación es posibilitar el control del correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica; por ello, en la aplicación de los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula, en la que, por definición, no cabe ninguna discrecionalidad, este requisito se satisface si constan los datos que permiten comprobar la corrección del resultado de dicha fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 36/2020 del OARC / KEAO).

- 2) En este caso, el informe técnico no contiene ninguna motivación para seis de los ocho criterios cuya aplicación se impugna, limitándose a una mera atribución de puntuaciones sin explicación alguna. Dichos criterios tienen un amplio fondo reglado, pues se describe para ellos una “fórmula de valoración” en términos binarios (Sí / No) o de proporcionalidad. No obstante, lo cierto es que los pliegos los califican como sujetos a juicio de valor (ver el artículo 146.2 de la LCSP) y el alcance de sus elementos evaluables (“mínima intervención del usuario”, “pipeline adaptado a las características de análisis requeridas”, “validado”, etc.) dista mucho de concretarse automáticamente de modo inequívoco, sino que requiere de una apreciación subjetiva del poder adjudicador y, consecuentemente, de una adecuada motivación de la misma.
- 3) La actuación del órgano de contratación no da razón del proceso lógico seguido para adoptar la decisión, impide el conocimiento de las razones que fundamentan la aplicación de los criterios de adjudicación y no ofrece ninguna indicación útil para interponer un recurso fundado; debe tenerse en cuenta que no es suficiente, a estos efectos, la motivación posterior, pues no pudo ser conocida por el recurrente antes de elaborar su impugnación (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, debe estimarse este motivo de recurso, con los efectos que se señalan en el siguiente apartado.
- 4) Por todo ello, procede anular el acto impugnado y ordenar el dictado y la debida notificación de una nueva resolución de adjudicación adecuadamente motivada de



los seis criterios impugnados en los que no consta motivación alguna (es decir, los criterios señalados en los apartados 1, 2, 3, 6, 7 y 8 del epígrafe a) del Fundamento jurídico sexto). La retroacción no implica una nueva valoración, sino únicamente la expresión motivada de la que ya se ha debido realizar (ver la Resolución 111/2019 del OARC / KEAO).

9.1.8. Efecto de la resolución: se obtiene la declaración de desierto, que mejora la posición del recurrente excluido

[Resolución 200/2019](#)

Si bien se aprecia desviación en la motivación del criterio de adjudicación Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional, la estimación de este argumento impugnatorio no conlleva la admisión de la oferta de la licitadora al procedimiento de adjudicación, pues ello conllevaría en el mejor de los casos a la atribución de un punto adicional (que es la petición de la recurrente) sin que, aun así, llegara al umbral mínimo exigido en los pliegos para permanecer en el procedimiento. A este respecto, 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. En consecuencia, el recurso debe ser estimado parcialmente ya que, si bien se desestima la pretensión de la recurrente de que se anule la exclusión de su oferta, debe ser estimada la pretensión de que la oferta de GRIFOLS sea excluida por haber incorporado información a evaluar conforme a fórmulas en el sobre al que se debe incorporar la valorable conforme a juicios de valor. Esta conclusión es congruente con la pretensión, pues conlleva la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación y la probable convocatoria de una nueva licitación a la que ORTHO podría presentar una nueva proposición.

9.1.9. Aplicación moderada de la nulidad

[Resolución 7/2019](#)



La adjudicación se halla suficientemente motivada si bien se aprecia desviación en la motivación del criterio de adjudicación Coordinación con las obras por valorarse un aspecto de la oferta de STONEX (un acuerdo de colaboración con una empresa local) que carece de relación con tal criterio de adjudicación. No obstante, la estimación de este argumento impugnatorio no conlleva la anulación de la adjudicación pues ésta permanece inalterable en todo caso. Téngase en cuenta que el recurrente continúa excluido del procedimiento de adjudicación, a diferencia de STONEX, la cual continuaría en el procedimiento aunque se valorara con 0 puntos su oferta en el criterio de adjudicación Coordinación con las obras, ya que la valoración total de su oferta en los criterios sujetos a un juicio sería de 27,50 puntos, superior al umbral mínimo de 20 puntos establecido en los pliegos de la licitación. 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, advirtiéndole 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 exclusión y retroacción de las actuaciones hasta la emisión de un nuevo informe de valoración o subsidiariamente la de la anulación de los pliegos de la licitación.

9.1.10. Cancelación de la licitación porque no cabe la valoración separada

[Resolución 61/2021](#)

La aceptación del motivo de recurso analizado en la letra a) anterior tiene las siguientes consecuencias:



- 1) En primer lugar, debe anularse el acto impugnado. Si bien dicha anulación conllevaría, en principio, la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva aplicación de los criterios de adjudicación, tal cosa no es posible porque ya no puede tramitarse dicha evaluación en fases separadas, como pide el artículo 146.2 de la LCSP, por lo que procede la cancelación de la licitación. Este efecto de la disposición no agrava la situación inicial del recurrente (artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), que mejora su situación al pasar de ser un licitador no adjudicatario a poder presentar una proposición en una previsible nueva licitación, y tampoco infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque, a pesar de que el recurso no solicita la cancelación, ésta viene impuesta por la estructura con la que la LCSP ha configurado el procedimiento de adjudicación, que impide la efectividad de la retroacción (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).
- 2) La necesidad de que la resolución del recurso especial sea congruente con la petición del recurso (artículo 57.2 de la LCSP), tal y como ha sido entendida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ver, por ejemplo su sentencia de 21/9/2015, ECLI:ES:TSJPV:2015:3036, que anula la Resolución 76/2014 del OARC / KEAO) y el hecho de que el recurrente no haya instado la impugnación indirecta del criterio de adjudicación cuya aplicación se debate (sobre los requisitos del “recurso indirecto”, ver, por ejemplo, la Resolución 219/2019 del OARC / KEAO, así como los apartados 27, 53 y 54 de la sentencia del TJUE de 12/3/2015, asunto C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166) hacen que este Órgano no pueda adoptar decisión alguna sobre el mismo.
- 3) La aceptación del primer motivo de impugnación y la consecuente cancelación de la licitación hacen innecesario el análisis del segundo motivo del recurso, basado en la inadecuación de la apertura de la parte de la oferta del recurrente referida a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas, ya que su hipotética estimación no podría en ningún caso concluir en un resultado diferente.



9.1.11. La anulación de un criterio de adjudicación o de solvencia implica la cancelación de la licitación.

[Resolución 148/2021](#)

La anulación del criterio de adjudicación conlleva la de la licitación. Debe tenerse en cuenta que la normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 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, 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 (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C448/01).

[Resolución 025/2023](#)

Consecuentemente, debe anularse la estipulación impugnada, lo cual supone también la cancelación de la licitación. Téngase en cuenta que es aplicable a los criterios de selección (véase, en este sentido la sentencia del TJUE, asunto T-525/19, ECLI:EU:T:2021:202, apartado 57 y siguientes, y la Resolución 6/2023 del OARC / KEAO) la jurisprudencia del TJUE que ha declarado que en el caso de que se anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, no puede válidamente, sin violar los principios de igualdad de trato y de transparencia, continuar el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, apartado 94).



[Resolución 147/2023](#)

La anulación de criterios de solvencia o de adjudicación supone la cancelación del procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, las Resoluciones 6 y 102/2023 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ellas se cita).

9.1.12. Discrecionalidad técnica para configurar los pliegos siempre que se cumpla la Resolución del OARC / KEAO

[Resolución 195/2022](#)

No cabe, más allá de lo señalado en los puntos (i) a (iii) anteriores, imponer al poder adjudicador una concreta redacción de los pliegos. Corresponde al órgano de contratación, amparado por la discrecionalidad técnica que le asiste en la configuración de los documentos contractuales (ver, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 186/2018 del OARC / KEAO) confeccionar los nuevos pliegos de la forma que estime más oportuna, siempre y cuando se garantice la ejecución de la presente Resolución.

9.1.13 Posibilidad de que el OARC / KEAO determine la puntuación que corresponde a un licitador por quedar reducida la discrecionalidad técnica

[Resolución 172/2023](#)

La conclusión que se desprende de lo señalado en los apartados 1 a 3) es que la valoración de un criterio sujeto a juicio de valor se ha efectuado sobre una base fáctica errónea lo que conlleva que el recurso debe ser estimado y la adjudicación anulada. Es doctrina reiterada (por todas, ver la Resolución 165/2020) 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 (ver, en este sentido la Resolución 34/2022 de este OARC / KEAO).

En el supuesto que nos ocupa, para determinar cuáles son las consecuencias de la anulación de la adjudicación debido a la incorrecta aplicación de un criterio de adjudicación discrecional se deben tomar en consideración las siguientes circunstancias: (i) según consta en el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se otorga la mayor puntuación posible en este apartado (2 puntos) a la empresa que oferta mayor presencia del encargado, (ii) el poder adjudicador ha valorado a GARBIALDI con el máximo de 2 puntos por ofertar una dedicación presencial del encargado del 50 % de la jornada y a SAMSIC con 1,75 puntos por ofertar una dedicación mínima de 21 horas mensuales, (ii) la recurrente oferta un “Jefe de Servicio” con funciones análogas a las valorables según la literalidad del criterio y una presencia mínima de 35 horas semanales, que ha merecido 1 punto. Consecuentemente, a la vista del fondo reglado del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor y de su motivación (valoración únicamente en función de la presencia del encargado) y de la aplicación del principio de igualdad, se puede llegar a señalar unívocamente que la valoración que merece la recurrente en el aspecto de su oferta debatido debe ser la mayor de las puntuaciones en este criterio secundario de adjudicación.

9.1.14 Anulación de una cláusula porque su aplicación depende de otra cláusula ya anulada

[Resolución 147/2023](#)



El recurrente impugna un criterio de adjudicación que, en síntesis, otorga puntuación adicional a las ofertas que superen la experiencia mínima requerida como solvencia técnica en la cláusula analizada en el apartado b) anterior, que debe anularse. Dado que el criterio de adjudicación incluye una fórmula de cálculo de la puntuación que tiene como componente un elemento de una estipulación que ya no figura en los pliegos, deviene inaplicable y debe igualmente anularse, sin que sea necesario que este OARC / KEAO emita ningún otro juicio sobre su legalidad.

9.1.15 Posibilidad de que el OARC / KEAO obligue al poder adjudicador a dictar una resolución de prórroga de la vigencia del contrato con ciertas condiciones de ejecución de la prestación

[Resolución 005/2024](#)

El recurrente solicita que este OARC / KEAO obligue al órgano de contratación a dictar una nueva resolución por la que se admitan unas nuevas condiciones de ejecución de la prestación. Esta pretensión debe desestimarse. Con independencia de que vaya a anularse el acto impugnado y sin perjuicio de las facultades revisoras que este Órgano pudiera llegar a ejercer previo recurso interpuesto por persona legitimada, el poder adjudicador conserva la competencia para decidir bajo qué modalidad y con qué alcance debe garantizarse, en su caso, la continuidad del servicio. En este sentido, el recurrente no tiene derecho a reclamar una fórmula de su preferencia o que el prestador temporal del servicio deba ser necesariamente él mismo.

9.1.16 Indemnización de daños y perjuicios

[Resolución 005/2024](#)

El recurrente solicita la compensación por todos los gastos incurridos para asegurar la prestación con efectos desde que comenzó a prestar el servicio por imposición del Ayuntamiento. Esta solicitud debe desestimarse. El recurrente alega jurisprudencia e informes de órganos consultivos de los que se deduciría que, en caso de prórroga forzosa para asegurar la continuidad de un servicio, debe indemnizarse al contratista por todos los gastos incurridos. Sin embargo, más allá de una invocación general a



dicha doctrina, no hay en el recurso mención alguna a costes, perjuicios o gastos concretos susceptibles de compensación de acuerdo con ella, y tampoco consta la determinación, siquiera aproximada, del importe o de los conceptos que lo integrarían.

[Resolución 152/2021](#)

El recurrente solicita una indemnización de 3.500 euros más el IVA correspondiente en razón de los gastos de asesoramiento jurídico derivados de la interposición del recurso y del informe pericial que lo acompaña. Esta solicitud no puede ser aceptada, ya que el procedimiento del recurso especial no requiere intervención preceptiva de letrado o profesional del Derecho (ver en este sentido la Resolución 20/2014 de este OARC / KEAO) y el contenido del informe pericial no ha resultado necesario para la resolución de las cuestiones planteadas.

[Resolución 202/2022](#)

El recurrente solicita una compensación económica. Esta solicitud debe desestimarse por los siguientes motivos:

- 1) Por un lado, el recurso habla de una “compensación económica suficiente y correspondiente a los servicios efectivamente prestados” desde, al menos, la notificación de la providencia de inadmisión del recurso de casación que convertía en firme la sentencia 249/2020 y de que se declare el derecho de VSM a su percepción “durante el periodo de continuidad del servicio”. Además, se sostiene que el Ayuntamiento se ha enriquecido “de manera injusta al estar pagando por la prestación...un precio sustancialmente menor al coste real.”
- 2) El recurrente se refiere a dos periodos temporales diferentes: en primer lugar, al periodo en el que ha continuado prestando servicios sin cobertura jurídica alguna a pesar de existir ya una sentencia firme que anulaba el contrato y, en segundo lugar, al periodo en el que ha continuado dicha prestación bajo el amparo del acto impugnado. Por lo que concierne al primer periodo, este Órgano entiende que carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno al respecto, ya que dicho periodo no se deriva del Acuerdo del Pleno



recurrido. Por el contrario, el OARC / KEAO sí es competente para estimar o desestimar la compensación correspondiente al segundo periodo, pues tal indemnización sería una consecuencia de la anulación del Acuerdo (ver el artículo 58.1 de la LCSP).

- 3) Una vez delimitado el ámbito temporal de la compensación solicitada, debe fijarse su naturaleza. En este sentido, del recurso se deduce que la “compensación” se integraría, en primer lugar, por la retribución de los servicios efectivamente ejecutados, por un importe igual al establecido en el contrato original declarado nulo más sus modificaciones posteriores, tal y como establece el Acuerdo impugnado. Además, VSM pide una compensación adicional correlativa al enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, que se habría lucrado abonando un precio inferior al de mercado, y cuya base de cálculo sería la diferencia entre la retribución percibida y lo que debería haberse percibido conforme a los precios de mercado, determinados por los que dispone la Administración en la nueva convocatoria de licitación.
- 4) En cuanto a la remuneración de los servicios efectivamente prestados bajo la cobertura del acto impugnado, este Órgano entiende que su abono es ineludible. Debe tenerse en cuenta que el propio Acuerdo establece que la continuidad que ordena se rige por la adjudicación anulada y sus modificaciones, marco en el que se incluye el precio contractual. Aunque el citado Acuerdo vaya a ser anulado, es claro que la prohibición del enriquecimiento injusto y el principio según el cual nadie puede beneficiarse de una ilegalidad provocada por él mismo (ver, por ejemplo, las Resoluciones 172/2020 y 152/2021 del OARC / KEAO) impiden que el poder adjudicador pueda alegar en su beneficio una invalidez de la que es responsable para dejar de remunerar servicios efectivamente prestados. A la misma conclusión se llega por aplicación analógica del artículo 42.1 de la LCSP, que regula la liquidación del contrato nulo.
- 5) Por el contrario, la solicitud de una indemnización solicitada para compensar el perjuicio provocado por haber ejecutado la prestación bajo condiciones



económicas inferiores a las propias del mercado debe desestimarse por las siguientes razones:

- Más allá de una alegación genérica al “mercado”, el recurrente no acredita que la prestación del servicio le haya sido antieconómica. Dicho de otro modo, no se prueba que la adjudicación ilegal del contrato le haya forzado a ejecutar la prestación bajo un precio inferior al que habría correspondido en un procedimiento de adjudicación regular.

Por el contrario, como bien indica el poder adjudicador, el precio establecido en el Acuerdo impugnado es el recogido en la oferta económica de VSM a la licitación de la que resultó ser adjudicatario y los pliegos que rigieron dicho procedimiento preveían un plazo inicial de vigencia del contrato hasta marzo de 2023; consecuentemente, de no haber mediado la sentencia 249/2020, VSM estaría obligado a ejecutar la prestación por el precio que ahora estima inadecuado (y que ella misma ofertó en la licitación).

[Resolución 159/2023](#)

Las apreciaciones de este Órgano deben partir del análisis de la pretensión del recurso, pues su alcance es en este caso fundamental para determinar la admisibilidad de la impugnación.

a) Sobre el alcance de la pretensión

La recurrente no discute la conformidad a derecho del acto formalmente recurrido, pues literalmente expresa que pese a no compartir la justificación en la que el órgano de contratación basa la resolución de renuncia, esta parte entiende que el órgano de contratación cuenta con el derecho a desistir, aspecto que no se cuestiona, si bien seguidamente manifiesta el derecho que le asiste a ser compensado por los gastos incurridos con base al artículo 152.2 LCSP. Y es este aspecto, el de los gastos en los que ha incurrido, el que trata de justificar en el argumentario de su escrito de recurso, y el que solicita en su *petitum* para que se reconozca su derecho a obtenerlo.



b) Actos recurribles

A juicio de este OARC / KEAO, es reseñable que, aunque la renuncia a la celebración del contrato es un acto recurrible, según la doctrina de este Órgano (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 88/2013, 20/2014, 31/2016 y 91/2023), EONIAK no discute la conformidad a derecho de dicha decisión. Es decir, si bien el recurso se dirige formalmente contra la renuncia a la celebración del contrato, la controversia se plantea respecto a la compensación de gastos en los que la licitadora haya podido incurrir para la presentación de la oferta. Al respecto, este Órgano ya indicó en su Resolución 97/2018 (confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 166/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:2011) que el artículo 58.1 de la LCSP solo permite que los órganos encargados de la resolución del recurso especial determinen una indemnización cuando sea consecuencia de una infracción legal, lo que no es el caso porque ni siquiera se ha entrado a valorar el fondo del asunto. Esta consideración no obsta a que, en su caso, EONIAK pueda hacer valer sus intereses por los cauces administrativos o judiciales correspondientes, distintos de la vía del recurso especial en materia de contratación pública.

c) Conclusión

Llegados a este punto, y dado que el acto recurrido es materialmente una solicitud de indemnización cuya impugnación no corresponde resolver al OARC / KEAO, debe concluirse que el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 c) LCSP por ser un acto no recurrible, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 LCSP.

9.1.17 Conservación de actuaciones

[Resolución 161/2024](#)

La recurrente considera que se ha omitido el trámite del requerimiento de la documentación acreditativa al licitador propuesto como adjudicatario (artículo 150.2 LCSP) y ello comporta la nulidad de pleno derecho del procedimiento. Sin embargo,



este Órgano no puede compartir esta conclusión. En primer lugar, consta en el expediente que se requirió al adjudicatario (mercantil ESTEVE) dicha documentación con ocasión de la primera propuesta de adjudicación, posteriormente recurrida por LINDE, siendo la documentación aportada validada por el poder adjudicador y no impugnada; por tanto, no cabe considerar que se haya omitido un trámite esencial del procedimiento a los efectos del artículo 157.4 de la LCSP en relación con el artículo 47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común. En segundo lugar, resulta del todo innecesario requerir al mismo adjudicatario una documentación que el poder adjudicador ya posee y no ha sido invalidada, en virtud del principio de conservación de actos (artículo 51 LPAC). Y, por último, la recurrente no acredita, más allá de indicar situaciones hipotéticas, en qué ha variado la situación jurídica de la entidad adjudicataria en el tráfico mercantil para que sea necesario un nuevo requerimiento. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

[Resolución 190/2024](#)

El recurrente alega que debió exigirse al adjudicatario impugnado la documentación recogida en el artículo 150.2 LCSP, no siendo suficiente a estos efectos el trámite practicado a propósito de la anterior adjudicación. Esta alegación debe descartarse por los siguientes motivos:

- 1) La retroacción de actuaciones ordenada por la Resolución 39/2024 de este Órgano extendía sus efectos hasta el “momento inmediatamente anterior a la resolución de adjudicación” y su finalidad era obtener “una motivación adecuada sobre la viabilidad de la oferta de MIC”, sin que se hiciera mención alguna al trámite del artículo 150.2 LCSP ni a la capacidad del adjudicatario. El recurso de GRAFILUR que dio origen a la citada Resolución no incluyó esta cuestión entre los motivos de impugnación, y la alegación formulada en este recurso no alude a la existencia de ninguna causa concreta de prohibición de contratar u otra irregularidad relacionada con los aspectos contenidos en la documentación recogida en el artículo 150.2 LCSP.



- 2) A la vista de lo anterior, y del principio de conservación de los actos administrativos (artículo 51 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), este Órgano entiende que no es legalmente exigible reiterar el trámite del artículo 150.2 LCSP y que no debe aceptarse este motivo de impugnación.

9.1.18 Retroacción para que se tramite el procedimiento de verificación de la baja sospechosa de anormalidad

[Resolución 172/2024](#)

La principal consecuencia de un requerimiento de justificación de baja genérico e insuficiente es que el poder adjudicador no puede luego excluir válidamente al licitador sospechoso por no haber presentado justificaciones concretas o específicas (ver, por ejemplo, la Resolución 170/2022 del OARC / KEAO). Sin embargo, en este caso, la explicación de SEIGARBOST (igualmente genérica e insuficiente) ha sido aceptada por BADESA en una resolución carente de motivación adecuada.

No obstante, este Órgano entiende que el deficiente procedimiento de verificación de la baja, que ha finalizado con la adjudicación a SEIGARBOST, tampoco puede perjudicar al recurrente, al que no le es imputable. Consecuentemente, procede acordar la retroacción de actuaciones para que se tramite el procedimiento previsto en los apartados 4 a 6 del artículo 149 LCSP.

9.1.19 Imposibilidad de la retroacción para una nueva aplicación de los criterios de adjudicación porque ya no cabe la valoración separada de los criterios discrecionales y automáticos.

[Resolución 237/2024](#)

Por otro lado, aunque en un principio dicha anulación conllevaría la retroacción de las actuaciones para una nueva valoración de los criterios afectados, ya se ha efectuado la evaluación de los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de



fórmulas, de forma que ya no podría realizarse la valoración separada que exige el artículo 146.2 b) de la LCSP, por lo que debe cancelarse la licitación, como pretende subsidiariamente el recurso. Finalmente, debe señalarse que el momento al que se deben retrotraer las actuaciones no ha de ser forzosamente el de la redacción de los pliegos, pues ningún reproche a ellos ha efectuado el recurrente, pudiendo optar el órgano de contratación por redactar unos nuevos pliegos o por reiniciar un nuevo procedimiento de adjudicación con base en los mismos (ver, por ejemplo, las Resoluciones 88/2018 y 117/2019 del OARC / KEAO).

9.2. Otras formas de finalización del procedimiento de recurso

9.2.1. Allanamiento y efectos del informe del poder adjudicador que admite la viabilidad de la pretensión

[Resolución 71/2019](#)

La Administración reconoce expresamente en su informe de respuesta la viabilidad del motivo del recurso. El efecto jurídico de este reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosoadministrativa, que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa no consta en el expediente que se haya adoptado el citado acuerdo, por lo que la declaración del poder adjudicador tiene la consideración de una alegación más de las que este Órgano debe tener en cuenta para la resolución del recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 162/2018 del OARC / KEAO).

[Resolución 122/2019](#)



Con carácter previo al estudio del motivo de recurso esgrimido por la recurrente, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, que implican un reconocimiento de los argumentos de la recurrente. El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa, quien propone el allanamiento es el Director Gerente de la OSI Bilbao-Basurto, si bien el documento viene firmado por la Directora EconómicoFinanciera en virtud de la Resolución Nº 1547/2017, de la Dirección Gerencia delegando la firma. No obstante, esta delegación únicamente lo es respecto de las funciones que en materia económico-financiera vienen atribuidas a la Dirección Gerencia, entre las que no pueden considerarse comprendidas las de acordar el allanamiento en procedimientos de recurso como el presente. Consecuentemente, el informe del poder adjudicador tiene la consideración de una alegación más de las que este Órgano debe tener en cuenta para la resolución del recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 162/2018 del OARC / KEAO)

[Resolución 103/2021](#)

Debe señalarse que la aceptación por el poder adjudicador de la pretensión principal del recurso no significa un allanamiento que obligue a este Órgano a declarar la admisión de la recurrente en la licitación por (ver, por ejemplo, el artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa, LJCA), ya que no constan los requisitos propios de esta figura (órgano competente, procedimiento, etc.). Por otro lado, incluso en el caso de que el poder adjudicador pretendiera efectivamente un allanamiento, el procedimiento continuaría a la vista de la oposición del adjudicatario impugnado (ver, por analogía, el artículo 75.3 de la LJCA). Consecuentemente, deben considerarse los argumentos del informe de



respuesta al recurso como una alegación más de las que deben tenerse en cuenta por el OARC / KEAO para la resolución de la impugnación.

[Resolución 232/2023](#)

Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo planteada, debe considerarse si el escrito señalado en el antecedente de hecho tercero 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 la LCSP ni la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 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 este caso, consta que el acuerdo de allanamiento ha sido adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Zalla, quien según el artículo 22.2.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local tiene la competencia para representar al ayuntamiento y ejercer las acciones judiciales y administrativas en su defensa en materias de competencia plenaria. Por ello, este Órgano considera que no es necesario, en este caso, entrar a analizar el fondo del argumento planteado por el recurso.

9.2.2. Desistimiento del recurrente

[Resolución 73/2019](#)

La LCSP no prevé de modo expreso el desistimiento del recurrente como medio de terminación del procedimiento del recurso especial, por lo que ha de estarse a la regulación que sobre tal materia contiene el artículo 56.1 de dicha Ley, el cual dispone



que El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.

El artículo 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (en adelante, LPAC) establece que Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, 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.

Por su parte, en lo que respecta al desistimiento, los apartados 4 y 5 del artículo 94 de la LPAC establecen que 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 y que 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.

El recurrente ha desistido de continuar con el recurso, sin que se hayan personado terceros interesados ni se aprecie la concurrencia de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación, con lo que este Órgano entiende que procede admitir el desistimiento y declarar concluso el procedimiento.

[Resolución 79/2019](#)

El artículo 51.1 a) de la LCSP dispone que al escrito de interposición del recurso se acompañará El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.

Examinado el recurso presentado ante este OARC / KEAO, y constatado que no obraba el documento que acreditara la representación de don M.L.A. para interponer recursos en nombre de la mercantil recurrente, se requirió la acreditación de dicho extremo mediante una notificación telemática de fecha 25 de marzo.



El artículo 51.2 de la LCSP 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 de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, 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, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Transcurrido ampliamente el plazo de 3 días hábiles desde la práctica de la citada notificación sin que se haya satisfecho el requerimiento efectuado desde este OARC/KEAO, procede tener por desistido al recurrente de su petición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP.

[Resolución 4/2021](#)

(...)

- 3) Transcurrido el plazo de tres días hábiles sin que ésta haya realizado la subsanación, extremos necesarios para entender el recurso válidamente interpuesto, se debe considerar que el recurrente desiste de su petición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1.a) y b) de la LCSP, que establecen que junto con la interposición del recurso se aportará documento que acredite la representación del compareciente y el documento o documentos que acrediten la legitimación del actor, y el artículo 51.2 LCSP, que indica 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 de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, 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.



9.3. Temeridad o mala fe en la interposición del recurso

9.3.1. No procede

[Resolución 102/2018](#)

BRAUN solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque no queda acreditada en el expediente voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

[Resolución 178/2018](#)

El Ayuntamiento de Sopuerta solicita la imposición de multa a la recurrente por temeridad o mala fe en la interposición del recurso. Este órgano resolutorio ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP aplicable al contrato que nos ocupa) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa este OARC/KEAO considera que no procede la imposición de la sanción porque, en lo que al primero de los presupuestos mencionados se refiere se observa que el recurso está suficientemente argumentado, tanto en lo conveniente a la utilización de la vía del recurso especial como en lo concerniente a la oposición a la exclusión de su oferta; además, téngase en cuenta que, en cualquier caso, el



procedimiento se hubiera suspendido porque sobre el mismo acto impugnado existe otro recurso de otro licitador que igualmente ha supuesto la suspensión, y en lo que al segundo se refiere, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación, pues el acatamiento a los pliegos, en los que consta expresamente que no procede el recurso especial, no puede significar la imposición de una sanción por la utilización de las vías de recurso que el interesado considera que son las procedentes, aunque luego no lo sean.

[Resolución 64/2019](#)

ENVISER solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque la demora en el procedimiento viene determinada ope legis al ser el acto recurrido el de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP) y no ha quedado acreditada en el expediente la voluntad intencionada de retrasar el procedimiento de adjudicación.

[Resolución 94/2019](#)

No se observa mala fe o temeridad en el curso porque, aunque el recurso sea desestimado, no carece de argumentos jurídicos; por otro lado, tampoco se observa ánimo dilatorio, habida cuenta de que no se ha solicitado la suspensión del procedimiento de adjudicación.

[Resolución 146/2019](#)



A juicio de este Órgano, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP; aunque el recurso vaya a ser desestimado, no carece de una argumentación jurídica, sin que la mala fe pueda deducirse únicamente del hecho de que el recurrente es el anterior prestador del servicio.

[Resolución 18/2021](#)

El poder adjudicador solicita la imposición de una multa de 15.000 euros a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015) o ausencia de controversia jurídica (Resolución 77/2019), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018).

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que no concurre ninguno de los dos presupuestos. En lo referente al primero, porque el recurso contiene argumentos impugnatorios basados en el incumplimiento por la oferta técnica de la adjudicataria de diversos requisitos exigidos en los pliegos, que pueden ser recurridos no obstante incurrir la oferta técnica de la recurrente en iguales u otros incumplimientos habida cuenta del “interés legítimo equivalente” del que goza para atacar la posición del nuevo adjudicatario y anterior recurrente y, en lo que respecta al segundo, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

[Resolución 30/2021](#)

Valoriza solicita la imposición de una multa por temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial. Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, por todas la Resolución 18/2021) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015) o ausencia de controversia jurídica (Resolución 77/2019), y



actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). Pues bien, este Órgano no aprecia la concurrencia de ninguna de estas dos circunstancias. Por un lado, el beneficio por la interposición del recurso no lo busca la recurrente, se lo da la norma que sacrifica el principio de eficacia de la actuación administrativa en beneficio del control de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP) por lo que, salvo que se presuma que todo recurso especial interpuesto por la actual adjudicataria del servicio se hace en fraude de ley, lo relevante para imponer la sanción será comprobar si el recurso es temerario (en este sentido la sentencia del TSJ Aragón nº 26/2021, de 3 de febrero de 2021). Por otro, si bien todos los argumentos impugnatorios del recurso son de desestimar, no cabe calificarlos de temerarios, ya que no nos encontramos ante alegaciones vacías y sin fundamento alguno sino ante críticas o juicios jurídicamente argumentados al informe que analiza los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

[Resolución 035/2023](#)

El poder adjudicador solicita la imposición al recurrente de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP por temeridad o mala fe en la interposición del recurso. A juicio de este Órgano, no es posible acceder a esta petición. Es cierto que el recurso reitera en buena medida argumentos ya empleados en el asunto que dio lugar a la Resolución 139/2022. Además, la decisión impugnada es correcta porque, al contrario que IKEI, el poder adjudicador extrae conclusiones adecuadas del contenido de dicha Resolución. Sin embargo, tal conclusión no era unívoca ni evidente, como se demuestra por el margen de actuación que la parte dispositiva dejaba al órgano de contratación, por lo que el recurso no carece de sustento jurídico hasta el extremo de considerarlo temerario.

9.3.2. Procede

[Resolución 77/2019](#)



El poder adjudicador solicita la interposición de una multa por mala fe en vista de que se está haciendo un uso abusivo del sistema de recursos previsto en la LCSP, ya que la única razón de su interposición es la suspensión automática de la adjudicación del contrato y seguir así prestando el servicio (al ser el recurrente el actual prestador del mismo) mientras se sustancia dicho recurso.

Al respecto, el artículo 58.2 de la LCSP dispone 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.

Dada la ausencia de controversia jurídica o técnica en el escrito de recurso y que los hechos alegados son inexistentes a la vista de la documentación que consta en el expediente, se deduce que en el presente supuesto concurren los presupuestos necesarios para considerar que con la interposición del recurso el recurrente actúa de mala fe y de forma temeraria. El acceso a los procedimientos de revisión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se debe realizar desde la responsabilidad y cuando realmente se aprecie una lesión en los intereses del recurrente como consecuencia de una vulneración de la normativa aplicable. Se considera un abuso el acudir a un procedimiento de revisión especial basándose en meras sospechas fácilmente verificables y constatables, como hubiera sido la solicitud de vista del expediente (artículo 52 de la LCSP) con el fin de confirmar o descartar la existencia de la documentación cuya no tenencia se impugna. Por ello, considera este Órgano que el recurso se presenta con temeridad y mala fe y con el único objetivo aparente de retrasar la formalización del contrato dado que la recurrente es la actual prestadora del servicio. En definitiva, se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para otros fines, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario, a la entidad contratante y hasta los propios usuarios de este servicio de transporte escolar, es decir, al interés general igualmente digno de tutela

[Resolución 106/2019](#)

La adjudicataria impugnada solicita la interposición de una multa por temeridad y mala fe en vista de que se está haciendo un uso abusivo del sistema de recursos previsto en la LCSP, ya que el recurso carece de fundamentación jurídica. Al respecto, el



artículo 58.2 de la LCSP dispone 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 OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP (similar en lo sustancial al artículo 47.5 del TRLCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa se aprecia que el recurso carece de argumentos impugnatorios (al margen de un recurso frente a los pliegos totalmente extemporáneo) al aceptar que la oferta presentada supera el tipo de licitación, cuando todo operador económico que opera normalmente en el mercado de la compra pública es conocedor de que esta circunstancia acarrea inevitablemente la exclusión de su oferta. En definitiva, se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para fines distintos de los que le son propios, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario, a la entidad contratante y hasta los propios usuarios de este servicio (los ciudadanos), es decir, al interés general, igualmente digno de tutela. Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no haberse acreditado que se hayan producido otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento.

[Resolución 106/2022](#)

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que EKO GASTEIZ ha actuado con temeridad por las siguientes razones:

- i. Se ha presentado un escrito en cuanto a su forma en formato borrador y en cuanto al fondo sin orden, sistemática, ni lógica interna, que ha obligado a este Órgano a realizar una labor interpretativa sobre lo que realmente pretende recurrir y los motivos de impugnación asociados. A este respecto, se observa que el recurso se presenta con la misma falta de diligencia con la que ha presentado su oferta.



- ii. El recurso, además de denuncias y argumentos genéricos, contiene alegaciones y afirmaciones sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos que un operador económico que habitualmente actúa en el mercado de la compra pública como licitador, que es el caso de la recurrente, debe conocer. Como ejemplos, cabe mencionar la impugnación de un criterio claramente automático alegando que no lo es para poder oponer la necesidad de que se constituya un comité de expertos o la crítica carente de lógica y efectuada de forma extemporánea de los criterios de adjudicación, o invocar la infracción de principios que rigen el procedimiento de contratación de una manera meramente formal, sin argumentación ni especificación de la lesión concreta que su supuesta vulneración ha causado en sus intereses.

Asimismo, este Órgano considera que EKO GASTEIZ ha actuado con mala fe porque:

- i. Se aprecia una aparente voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante el abuso del derecho al recurso, dado que la recurrente es la actual prestadora del servicio.
- ii. Otro indicio de su ánimo dilatorio es el de retrasar el procedimiento de adjudicación solicitando el acceso a la información que obra en el expediente de contratación y no comparecer cuando se le concede, aunque sea parcialmente, lo cual denota su falta de interés efectivo en el recurso.

Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no haberse acreditado que se hayan producido otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento de recurso.

[Resolución 128/2023](#)

En la actuación del recurrente se observan claros indicios de intención de dilatar el procedimiento de adjudicación del contrato interponiendo un tercer recurso especial sobre los mismos pliegos que utiliza argumentos



- (i) Que ya han sido analizados y desestimados por este Órgano con ocasión de los recursos contra pliegos relativos al servicio de transporte escolar que contenían cláusulas sustancialmente iguales u,
- (ii) otros que, pudiendo haber sido alegados en los recursos anteriores, no lo fueron.

Este Órgano ha manifestado con anterioridad que el acceso a los procedimientos de revisión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se debe realizar desde la responsabilidad y cuando realmente se aprecie una lesión en los intereses del recurrente como consecuencia de una vulneración de la normativa aplicable (Resolución 77/2019), pero en ningún caso debe ser utilizado como un instrumento para perseguir una finalidad distinta para la que se ha creado.

Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo de 1.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, dado que no se han acreditado otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento de recurso.

[Resolución 074/2023](#)

El artículo 58.2 de la LCSP dispone 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.

A juicio de este Órgano en el supuesto que nos ocupa concurren las circunstancias que justifican la imposición de una multa. Debe tenerse en cuenta dos circunstancias:

- (i) la recurrente reitera argumentos aducidos en un recurso precedente sobre un contrato con igual objeto al que nos ocupa en relación con cláusulas sustancialmente idénticas a las ahora recurridas, que han sido desestimados por sentencia firme.



- (ii) la recurrente es plenamente conocedora de la constante y reiterada doctrina de este OARC / KEAO sobre el contenido y alcance de los artículos 129 y 130 de la LCSP, tal y como se desprende de las Resoluciones 173/2022, 189/2022, 117/2021, 138/2019, 24/2019, 22/2019, 169/2018, 49/2018, 21/2018 y 106/2017, todas ellas desestimatorias de los recursos especiales interpuestos por ELA frente a incorrecciones de listados de personal a subrogar.

Esta conducta, consistente en utilizar los mismos argumentos que en recursos precedentes, si bien adaptados a cada pliego, siendo más que previsible la desestimación, únicamente puede ser calificada de abusiva y denota un comportamiento temerario (en este sentido, si bien referido a la temeridad procesal, ver la STS 799/2023, ECLI:ES:TS:2023:799). Este Órgano ha manifestado con anterioridad que el acceso a los procedimientos de revisión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se debe realizar desde la responsabilidad y cuando realmente se aprecie una lesión en los intereses del recurrente como consecuencia de una vulneración de la normativa aplicable (Resolución 77/2019).

Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no constar que se hayan producido otros perjuicios que los derivados de la propia existencia de este procedimiento.

[Resolución 223/2024](#)

Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015) o en ausencia de controversia jurídica (Resolución 77/2019), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018).



En el presente caso, este OARC/KEAO, tras el análisis del contenido del recurso, aprecia una evidente falta de fundamentación y de viabilidad de este. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) El argumento de la falta de igualdad en la evaluación del precio ofertado no solo es contradictorio con la realidad, sino que, además, obvia que la aplicación de dicho criterio favoreció a la propia recurrente, que consiguió mayor puntuación que la adjudicataria impugnada.
- 2) Por otro lado, el recurso ni siquiera menciona la diferencia de puntuación derivada de la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, favorable a la adjudicataria impugnada y que decide el resultado del procedimiento de adjudicación.
- 3) Las dos situaciones expuestas en los apartados 1) y 2) anteriores son inexcusables en una empresa que opera habitualmente en el mercado de la compra pública y que, por tanto, conoce los procedimientos de adjudicación, porque muestran que ha ignorado totalmente el contenido del expediente administrativo. En la impugnación se aprecia una total desconexión entre el vicio denunciado y la actuación del Ayuntamiento, evidenciando que la preparación e interposición del recurso han sido de una evidente mala fe. Dicha interposición ha dado lugar a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su inviabilidad jurídica, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano, lo que ha supuesto, además, un retraso en la tramitación y resolución de otros recursos especiales.
- 4) En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que «(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos». Este Órgano, a la vista de lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores, entiende adecuado imponer la multa en la cuantía de 5.000 euros, cuantía encuadrable en un hipotético



tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP.

[Resolución 122/2024](#)

El poder adjudicador solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015) o en ausencia de controversia jurídica (Resolución 77/2019), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018).

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que EUROVERMON ha actuado con temeridad porque el principal motivo impugnatorio contradice la documentación por ella misma aportada a la licitación y, por otro lado, ha actuado con mala fe porque se aprecia una aparente voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante el abuso del derecho al recurso, dado que la recurrente es la actual prestadora del servicio.

Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no haberse acreditado que se hayan producido otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento de recurso.

9.4. Pérdida del objeto del recurso

9.4.1. Satisfacción extraprocesal de la pretensión

[Resolución 59/2018](#)



A juicio de este OARC / KEAO, la rectificación del PPT publicada por el órgano de contratación en el perfil de contratante del poder adjudicador, satisface la pretensión del recurso, ya que incluye el número de horas al que se refiere ELA. En este sentido, si bien la nueva cifra es la de 12.309,87 horas y el recurso habla de 12.338,06, ello parece deberse a un error en la suma en este último escrito, ya que se especifica que a las 10.338,06 horas inicialmente consignadas en el PPT deben añadirse 1.971,81 horas, operación de la que, en realidad, resultan las 12.309,87 horas que señala la citada rectificación. 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.

9.4.2. Desistimiento del procedimiento de adjudicación

[Resolución 118/2021](#)

El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el supuesto analizado, el órgano de contratación ha acordado el desistimiento del procedimiento de adjudicación (artículo 152.4 LCSP), lo cual produce la pérdida sobrevenida del objeto del recurso interpuesto, toda vez que el desistimiento pone fin al citado procedimiento y, consecuentemente, debe declararse la finalización del procedimiento de recurso especial. No obstante, en el caso de que el poder adjudicador opte por un nuevo procedimiento de adjudicación cuyos pliegos reprodujeran el contenido ahora impugnado, la recurrente podría reiterar su pretensión y el órgano de contratación no podría oponer válidamente la excepción de acto firme (la denominada “cosa juzgada administrativa”; ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 129/2014, 137/2015 y 29/2019) por no haberse entrado a analizar en la presente Resolución el fondo de las cuestiones planteadas por el recurso.



9.4.3. Declaración de desierto del procedimiento de adjudicación

[Resolución 29/2019](#)

El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 de la LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el presente caso, la declaración de desierta de la licitación deja sin objeto la pretensión del recurrente, dado que ésta consiste en la declaración de nulidad o anulación de unos pliegos que en ningún caso van a tener ya efecto jurídico alguno que afecte a los intereses defendidos por CCOO, como tampoco lo tendría ya una hipotética estimación de la impugnación. Consecuentemente, el procedimiento de recurso debe darse por concluido. No obstante, en el caso de que el poder adjudicador opte por un nuevo procedimiento de adjudicación cuyos pliegos reprodujeran el contenido ahora impugnado, CCOO podría reiterar su pretensión y el Ayuntamiento no podría oponer válidamente la excepción de acto firme (la denominada “cosa juzgada administrativa”; ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 129/2014 y 137/2015) por no haberse entrado a analizar en la presente Resolución el fondo de las cuestiones planteadas por el recurso.

9.4.4. Renuncia del poder adjudicador a la celebración del contrato

[Resolución 65/2021](#)

El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el supuesto analizado, el órgano de contratación ha acordado la renuncia del procedimiento de adjudicación (artículo 152.4 LCSP), lo cual



produce la pérdida sobrevenida del objeto del recurso interpuesto, toda vez que la renuncia pone fin al citado procedimiento. Consecuentemente, debe declararse la finalización del procedimiento de recurso especial, sin que proceda entrar en el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

9.4.5. Procedimiento de adjudicación cancelado por una Resolución del OARC / KEAO

[Resolución 114/2021](#)

El procedimiento de adjudicación sobre el que recae la presente impugnación ha sido objeto de otro recurso (EB 2021/074) presentado por la empresa GRUPO DAYHE DEVELOPMENT & INVESTMENT, S.L. y que ha sido resuelto en primer lugar por este OARC / KEAO por haber sido interpuesto anteriormente. Pues bien, en la Resolución 113/2021, de 2 de julio, del OARC / KEAO, que resuelve el citado recurso, en el apartado primero de su parte dispositiva se acuerda cancelar la licitación.

La consecuencia de la estimación del recurso interpuesto por GRUPO DAYHE DEVELOPMENT & INVESTMENT, S.L. y de la consiguiente cancelación de la licitación únicamente puede ser la de declarar concluso el presente procedimiento de recurso especial por pérdida sobrevenida de su objeto, pues carece de interés el analizar o abundar en actos que han sido anulados.

9.4.6 Revocación del acto impugnado

[Resolución 225/2023](#)



El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el supuesto analizado, el órgano de contratación ha acordado revocar el acuerdo de fecha 11 de octubre de 2023 de la Mesa de Contratación por el que se excluía la oferta presentada para el Lote 3 por ONLIFE, S.L. Así pues, al haber sido satisfecha la pretensión de ONLIFE, S.L. por la Mesa de contratación respecto a la exclusión del contrato se produce la pérdida sobrevenida del objeto del recurso interpuesto, por lo que debe declararse la finalización del procedimiento de recurso especial, sin que proceda entrar en el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.



10. Notificación de los actos recurribles

10.1. Notificación de los actos recurribles

10.1.1. Debe practicarse conforme a la DA 15ª de la LCSP

[Resolución 54/2019](#)

Tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada alegan la extemporaneidad del recurso. A juicio de este Órgano, la alegación no puede aceptarse. Según consta en el expediente, la notificación se realizó por correo ordinario, mediante entrega por un operador postal. Según el artículo 50.1 d) de la LCSP, Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. Por su parte, el apartado 1 de la citada disposición adicional establece que Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica, **añadiéndose que** Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado. A la vista de todo ello, la notificación no se ha efectuado de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto, por lo que en ningún caso puede producir el efecto de marcar el inicio del cómputo del plazo para recurrir. En este sentido, es irrelevante que el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establezca que la notificación de la adjudicación (...) se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario (...), dado que los pliegos no pueden disponer válidamente sobre cuestiones procedimentales como el sistema de cómputo de los plazos de impugnación. Consecuentemente, el recurso debe considerarse interpuesto en plazo cualquiera que sea el momento en el que se interponga.



10.1.2. La publicación del informe de valoración no equivale a su notificación

[Resolución 137/2019](#)

En el procedimiento que nos ocupa, el acuerdo de adjudicación manifiesta en su antecedente séptimo que el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (de fecha 27 de marzo de 2019) se adjunta como anexo y expone la puntuación obtenida en cada uno de los tres criterios de adjudicación. Por su parte, el antecedente noveno se refiere a un *informe final* (de fecha 1 de abril de 2019) y relaciona, por cada uno de los licitadores admitidos, la puntuación global obtenida en los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor y en los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas.

El artículo 88.6 de la Ley 39/1995, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA) dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Este OARC/KEAO ha considerado que, en estos casos, el requisito de la motivación se satisface cuando el texto de dichos documentos acompaña a la notificación del acto impugnado, pues en caso contrario sería tanto como exonerar al poder adjudicador de su obligación de notificar y motivar correctamente imponiendo al interesado la carga de que acceda por otras vías a dicha información (ver, en este sentido, la Resolución 30/2015 del OARC/KEAO que si bien se refiere al artículo 89.5 de la derogada Ley 30/1992, y al artículo 151.4 del derogado TRLCSP, sus conclusiones son plenamente aplicables al caso por ser el contenido de ambos artículos igual).

De la documentación aportada en el expediente (documento número 25) se observa que, con fecha 14 de mayo de 2019, se pusieron a disposición de la recurrente en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi la resolución de adjudicación y el denominado Informe técnico en el que se valoran las ofertas conforme a los criterios de adjudicación que dependen de juicios de valor al que se remite el antecedente séptimo del acuerdo de adjudicación por lo que, en lo que se refiere a los criterios subjetivos, se satisface el requisito de la motivación. Sin



embargo, no consta que se pusiera a disposición de los licitadores en la sede electrónica junto con la notificación de la adjudicación el *Informe final* de 1 de abril, en el que figura la evaluación de las ofertas conforme a las fórmulas establecidas en el PCAP. Respecto a estos criterios, que se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 61/2019) que para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de un criterio de adjudicación de evaluación automática es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente. En el supuesto que nos ocupa, en el acuerdo de adjudicación ni siquiera figura la ponderación desglosada por cada uno de los dos criterios de adjudicación automáticos. No obstante, en lo que respecta al criterio de adjudicación Oferta económica, al constar en el acuerdo de adjudicación el elemento necesario para verificar la aplicación correcta o errónea del citado criterio, que es la cifra ofertada por la adjudicataria (el recurrente conoce la suya), se puede deducir de una manera relativamente sencilla la puntuación obtenida. Sin embargo, no se puede decir lo mismo del criterio de adjudicación Cualificación y experiencia del equipo humano asignado al proyecto, pues la decisión de adjudicación no incorpora ninguno de los elementos a evaluar por la fórmula, ni la mera publicación del informe en el perfil de contratante cumple con el requisito de la notificación. Téngase en cuenta que la motivación de la adjudicación y su notificación son obligaciones del poder adjudicador que han de ser debidamente cumplidas por éste.

10.1.3. Práctica de la notificación en sede electrónica

[Resolución 17/2021](#)

La recurrente alega que no se le ha comunicado electrónicamente el estado de la licitación. Sin embargo, consta en el expediente (página 614) la notificación a la recurrente de forma electrónica mediante la puesta a disposición de la decisión de la Mesa de contratación de la propuesta de adjudicación en su sede electrónica el día 5 de octubre de 2020. Esta actuación del poder adjudicador y su notificación se ajustan plenamente a lo dispuesto en la cláusula 20.3 de las condiciones generales del PCAP,



a la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP y al artículo 43.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA). Además, el poder adjudicador ha procedido a remitir dicha propuesta por correo postal certificado, lo cual no tiene un efecto invalidante del procedimiento. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de la notificación consiste, cualesquiera que puedan ser sus defectos, en permitir al recurrente tener el conocimiento necesario del acto dictado con el fin de poder presentar, en su caso, un recurso debidamente fundado y evitar así su indefensión (ver, por ejemplo, la Resolución del OARC/KEAO 80/2019). En el presente caso, consta que la recurrente ha tenido acceso al informe técnico que fundamenta el acto impugnado y expone ampliamente las razones de su oposición al mismo. Consecuentemente, ha podido elaborarse un recurso suficientemente fundado, por lo que esta alegación debe desestimarse.

10.1.4 Dirección electrónica habilitada

[Resolución 071/2024](#)

En síntesis, la recurrente defiende que no se le notificó el requerimiento de subsanación efectuado por el poder adjudicador y que provocó su exclusión del procedimiento al no poder atenderlo, lo que le ha situado en una posición de indefensión. IZENPE, sin embargo, manifiesta que sí se le notificó dicho requerimiento correctamente. A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, este Órgano entiende que el recurso debe estimarse por las razones que se exponen a continuación.

a) [Sobre las notificaciones en los procedimientos de contratación](#)

Por lo que se refiere a esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) En primer término, se ha de acudir a lo previsto en la cláusula “47.6 Notificación electrónica” del PCAP que, en relación con la documentación que han de presentar las empresas licitadoras para acreditar su capacidad y solvencia, exige que indiquen la dirección a efectos de notificaciones, con la consideración



de dirección electrónica habilitada y surtiendo los efectos establecidos en la D.A 15ª LCSP. Consta en el expediente que la recurrente aportó debidamente dicha dirección de correo electrónico siguiendo las instrucciones del Anexo IV del pliego. Asimismo, el poder adjudicador adjunta como prueba un pantallazo del requerimiento efectuado mediante correo electrónico a la dirección de correo indicada por la recurrente que, sin embargo, ésta niega firmemente haber recibido.

- 2) Respecto del punto anterior, debe señalarse que, a juicio de este OARC/KEAO, es irrelevante que el apartado 47.6 del PCAP citado establezca a los efectos de la notificación electrónica que el correo electrónico designado en el Anexo IV se considerará dirección electrónica habilitada a los efectos establecidos en la D.A. 15ª LCSP, dado que los pliegos no pueden disponer válidamente sobre cuestiones procedimentales como es el régimen de notificaciones en el contexto de los procedimientos administrativos al suponer éste una garantía fundamental del derecho de defensa del interesado. En este sentido, una verdadera dirección electrónica habilitada requiere de unos pasos para su obtención, como son el registro en el servicio mediante firma digital, la compleción de un formulario, copia del código de validación y la firma del alta, nada de lo cual consta en el presente procedimiento por lo que dicha cláusula del PCAP ha de entenderse nula al conculcar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- 3) Al margen de lo anterior, este Órgano entiende que la notificación del requerimiento de subsanación efectuada desde una dirección de correo electrónico de IZENPE a la dirección de correo electrónico señalada por la recurrente carece de las características propias de la notificación electrónica que regula la Disposición adicional 15ª LCSP en la que textualmente se establece que Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. En este sentido, ambos sistemas suponen un servicio electrónico de notificaciones para facilitar a los interesados el acceso y comparecencia a sus notificaciones, de forma que se puede acreditar fehacientemente, entre otras circunstancias, la recepción de las mismas, de conformidad con lo que



exige el apartado 1, letra e) de la Disposición adicional 16ª en relación con el apartado 8 de la Disposición adicional 15ª, ambas de la LCSP.

- 4) En el presente supuesto, queda claro que el medio utilizado impide al poder adjudicador (que es a quien corresponde garantizar la efectividad de la notificación y probar que ha cumplido con todos los requisitos precisos para su validez), ante la negativa de la recurrente, acreditar de forma fehaciente ni la fecha y hora de la puesta a disposición ni la de la recepción o acceso por el interesado del requerimiento efectuado, sin que el pantallazo del correo enviado que consta en el expediente tenga valor probatorio para constatar las circunstancias reseñadas, de forma que no puede considerarse como una notificación electrónica, de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP, ni puede, por tanto, dotarse de validez. Y el diáfano ejemplo de las negativas consecuencias de la indebida equiparación entre una dirección de correo electrónico “normal o habitual” con una dirección electrónica “habilitada” es el presente supuesto, en el que la recurrente se encuentra excluida de la licitación sin que exista prueba suficiente de que se hubiera puesto a su disposición la notificación debatida, lo que le ha llevado a una situación de indefensión que ha de ser corregida por no haber podido ejercer el trámite de subsanación pertinente.

En conclusión, las notificaciones electrónicas en los procedimientos regulados por la LCSP han de realizarse necesariamente por alguno de los dos únicos medios previstos, con carácter exclusivo, en su DA 15ª y que, a su vez, aquéllos cumplan con los requisitos establecidos en la DA 16ª, lo que no se produce en el presente caso, y sin que el hecho invocado por el poder adjudicador de que otros licitadores hayan recibido también el requerimiento por el mismo medio pueda convalidar la ilegalidad del medio de notificación empleado.



11. Otras cuestiones

11.1. Otras cuestiones

11.1.1. Transitoriedad entre el TRLCSP y la LCSP

[Resolución 70/2018](#)

PRIMERO: 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 30 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 28 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 y siguientes de la LCSP.



11.1.2. Inaplicación a una Junta de Concertación de la Ley de Sociedades de Capital

[Resolución 85/2018](#)

La Ley de Sociedades de Capital, que es de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, no resulta de aplicación a la Junta de concertación, pues se trata de una entidad que goza de naturaleza administrativa (art. 163.1 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo).

11.1.3. El pago de los servicios efectivamente prestados no supone subsanar los vicios de legalidad de la relación jurídica con el proveedor

[Resolución 94/2018](#)

El recurrente alega que la Administración ha infringido el principio de confianza legítima porque el acto impugnado es contrario a la apariencia jurídica creada por dos hechos: el inicio de la ejecución del contrato previa solicitud verbal de la Administración sin que el contrato se haya formalizado y con conformidad a las correspondientes facturas, y los trámites ante las Diputaciones Forales para obtener la preceptiva autorización:

- por lo que se refiere al primero, debe ser bien sabido por el recurrente (contratista habitual del sector público) que la ejecución de un contrato no puede iniciarse, salvo emergencia, antes de la formalización (artículo 156.5 del TRLCSP), y que no cabe la contratación verbal (artículo 28.1 del TRLCSP). Si, a pesar de ello, accedió a prestar el servicio, no puede alegar mala fe de la Administración pues, en todo caso, de existir esta, estaría compensada por la suya, que no dudó en aceptar el encargo a pesar de conocer su manifiesta irregularidad; en este sentido, no cabe alegar que la actuación propia está amparada por la confianza legítima que genera una situación de hecho sin ninguna apariencia de legalidad y de la que, además, el propio recurrente es



cómplice. Además, tampoco parece que la supuesta confianza legítima alegada llegue hasta el extremo de hacer pensar que la Administración ha aceptado el cambio de vehículo. Finalmente, que se hayan conformado las facturas solo significa que se reconoce que se corresponden con servicios efectivamente prestados, y que deben abonarse para no provocar el enriquecimiento injusto del poder adjudicador, sin que ello implique ningún tipo de pronunciamiento sobre la legalidad de la relación con el proveedor, ni mucho menos la subsanación o convalidación de los vicios jurídicos en los que incurre un contrato verbal.

- en sentido análogo, ninguna apariencia que pueda invocarse supone la tramitación de la autorización ante la Diputación Foral, pues para nada equivale a la formalización del contrato ni mucho menos al permiso para cambiar el vehículo.

11.1.4. Concepto de “Programas de empleo protegido”

[Resolución 35/2019](#)

(...) la afirmación de INTEGRA de que su oferta puede acogerse al inciso programas de empleo protegido no se ajusta a lo dispuesto en esta materia en la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP. Sin perjuicio de la poca claridad del término que, como sucede en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP utiliza pero cuyo significado no se explica ni en ella ni (a diferencia de lo que sucede con los CEE) en la legislación sectorial, lo cierto es que la palabra programa evoca la existencia de un instrumento jurídico previo (disposición general o, al menos, acto plural) que delimite los términos y condiciones cuyo cumplimiento permitirá reconocer sucesivas actuaciones singulares como amparadas en dicho programa, con las consecuencias legales que ello implica. Así, la citada Disposición habla de la normativa de referencia de los programas. En este caso, es significativo que los pliegos no contengan mención a programas concretos ni a normativa alguna que los determine, y que ni INTEGRA ni el poder adjudicador aportan en sus alegaciones información al respecto.



11.1.5. Modificaciones previstas

[Resolución 152/2018](#)

Se impugnan por ser contrarios al artículo 204 de la LCSP el apartado II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE que establece un porcentaje de modificación del 25 % del presupuesto del contrato y la cláusula específica 16 del PCAP que no especifica el alcance, límites y naturaleza de la modificación así como tampoco las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma con referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva.

El análisis de la cuestión planteada debe partir del contenido del epígrafe del anuncio de licitación impugnado así como de las correspondientes estipulaciones del contrato:

Epígrafe II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE

II.2.11 Información sobre las opciones

Opciones: si

Descripción de las opciones:

Se prevé una ampliación de hasta el 25 % del presupuesto de contrato para cada uno de los lotes objeto del contrato destinada a los nuevos equipos adquiridos por Osakidetza durante la ejecución del contrato y no contemplados en los inventarios adjuntos en el pliego de bases técnicas. En este caso, el coste derivado de dichos equipos será del mismo valor que el de equipos iguales o semejantes ya contratados, previo acuerdo con la empresa adjudicataria.

El apartado 16 de las cláusulas específicas del PCAP dispone lo siguiente:

16.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Posibilidad de modificación del contrato: Si

Por su parte, la cláusula 33 de las condiciones generales del PCAP dice lo siguiente:

33.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

33.1.- Condiciones.

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá modificarlo, por razones de interés público, en los supuestos previstos en la cláusula 16 de cláusulas específicas del contrato y en el art. 205 LCSP.



Se consideran razones de interés público las que tienen la finalidad de lograr el objetivo de estabilidad presupuestaria que se lleven a cabo durante el ejercicio presupuestario correspondiente.

Se observa que no consta la misma información en los diversos documentos contractuales, si bien la que figura es complementaria. Así, la cláusula 33 de las condiciones generales del PCAP, que contiene una información estandarizada sobre las posibilidades de modificar el contrato, en lo referente a las condiciones en las que se puede optar a la modificación, se remite al apartado 16 de las cláusulas específicas del contrato, que únicamente contiene la información de que es posible modificar el contrato. Todo ello se debe completar con la información del epígrafe II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE, que expresa los supuestos en los que procederá la modificación y el límite de su importe, el cual debe considerarse un auténtico documento contractual, pues además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, contiene los términos que han de regir el contrato y el procedimiento para su adjudicación (ver, en este sentido la Resolución 8/2016 de este OARC/KEAO),

Este OARC/KEAO considera que, en términos generales, la información contenida en el anuncio del DOUE satisface los requerimientos del artículo 204 de la LCSP. En concreto, se observa que está formulada de forma clara, precisa e inequívoca, en cuanto a su contenido, se prevé la modificación respecto a los nuevos equipos adquiridos durante la ejecución del contrato y que el coste derivado de los mismos se realizará de forma contradictoria, tomando como base el coste derivado de equipos iguales o semejantes.

Ahora bien, el citado anuncio del DOUE conculca el contenido del artículo 204 de la LCSP en dos aspectos; el primero, en lo referente al porcentaje máximo de la modificación prevista, ya que el límite marcado por el precepto legal es del 20 por ciento, no del 25 por ciento, y el segundo, en lo referido a la base respecto de la que se calcula dicho porcentaje, que debe ser el precio inicial y no el presupuesto de contrato, que es una expresión que conecta con la de presupuesto base de licitación, definido en el artículo 100 de la LCSP como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario y que, según expresamente se manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP, se trata de un concepto diferente



al del precio del contrato, definido en el artículo 102 de la LCSP como el precio que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado, entendiéndose incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente. No puede aceptarse la alegación del poder adjudicador de que se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 203 de la LCSP, respetándose así el porcentaje del 20 por ciento sobre el precio inicial del contrato, por dos razones; la primera, que la ilegalidad es clara y el eventual cumplimiento de los límites impuestos por el citado precepto no puede quedar a expensas de una hipotética actuación futura del órgano de contratación durante la ejecución del contrato y, la segunda, porque se infringe el principio de transparencia, que implica que 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 y que no se modifiquen durante todo el procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016, de este OARC/KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita) si la información facilitada a los eventuales licitadores y contenida en el valor estimado del contrato, además de no ajustarse a los requerimientos del artículo 204 de la LCSP, no concordara con los límites que el poder adjudicador dice que efectivamente va a respetar durante la ejecución del contrato.

Además del incumplimiento en cuanto a los límites permitidos de la modificación prevista, se incumple el mandato de que la previsión de la modificación se incluya en el PCAP, tal y como ordena el artículo 204 de la LCSP, a diferencia de la regulación que obraba en el derogado TRLCSP, cuyo artículo 106 permitía que la regulación de una eventual modificación del contrato constara indistintamente tanto en los pliegos como en el anuncio de licitación.

11.1.6. Pago de una tasa como requisito de admisión de la oferta

[Resolución 181/2018](#)

La recurrente pone en duda la adecuación a la legislación de contratos del pago de la tasa por la presentación de los proyectos. Este Órgano, siguiendo la doctrina del



Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 844/2014, ha de comenzar señalando que sus atribuciones se circunscriben, sola y exclusivamente, a controlar la legalidad de los actos enumerados en el artículo 44.2 de la LCSP. Con ello se quiere manifestar que no puede enjuiciar cualesquiera otros actos administrativos, aunque provengan de la misma Administración licitadora y guarden relación con el propio procedimiento de licitación. Únicamente tendría la facultad de revisar la exigencia de la tasa por presentación de las proposiciones que se contempla en el Pliego si ésta no se ajustase a la Ordenanza reguladora (circunstancia no acreditada por la recurrente), pues lo contrario sería tanto como asumir cometidos propios de la Corporación Local que es a la que corresponde, por la vía del recurso de reposición o de los procedimientos especiales de revisión, resolver las reclamaciones que se dirijan frente a los actos de aplicación de los tributos locales (artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; en adelante, TRLHL). Mucho menos, en fin, podrá este Órgano llevar a cabo el examen de la legalidad de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa en cuestión, tarea ésta reservada a la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 19.1 TRLHL). Delimitado así el ámbito competencial de este Órgano, procede la desestimación del motivo impugnatorio.

11.1.7. No se puede discutir en vía de recurso especial la validez de una autorización administrativa concedida por órgano competente

[Resolución 209/2019](#)

La recurrente alega que el medicamento ANARTEX debió ser excluido de la licitación por no cumplir con la legislación vigente al no tener el PGR. A juicio de este Órgano, este motivo impugnatorio no puede aceptarse por las razones que se explican a continuación:

- 1) El medicamento ANARTEX se encuentra autorizado por la AEMPS (entidad estatal competente) para su comercialización desde el 11 de octubre de 2017, con el número de registro 82521.



- 2) Llegados a este punto, y dado que ningún medicamento puede comercializarse en España sin la autorización previa de la AEMPS o de la Comisión Europea, por una pura cuestión competencial y por su presunción de legalidad, no corresponde ni al poder adjudicador, ni a este OARC / KEAO, poner en cuestión, dentro de los procedimientos de adjudicación o recurso, el ajuste al Ordenamiento de dicha autorización de comercialización, sin perjuicio de que los interesados puedan impugnarlas ante la Administración que las concedió si lo estiman oportuno.

11.1.8. Plazo de garantía

[Resolución 112/2019](#)

A la vista de esta justificación, debe entenderse que el poder adjudicador, para decidir no imponer plazo de garantía, ha actuado dentro de los límites que el artículo 210.3 de la LCSP establece en esta materia a la discrecionalidad que le ampara para configurar el objeto del contrato del modo que considere más ajustado al interés general (ver, por todas, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO). En síntesis, y tal y como se deduce del citado precepto, el plazo de garantía es un plazo posterior a la recepción o conformidad del contrato durante el cual el contratista responde de los defectos de su prestación que, inadvertidos en la citada recepción, se manifiestan en dicho periodo (ver el artículo 311.4 de la LCSP). Consecuentemente, este plazo puede no ser necesario para una prestación consistente, como la debatida, en una obligación de pura actividad cuyo alcance se agota en el momento de su realización porque no implica un resultado entregable, susceptible de incluir hipotéticos defectos que pueden aflorar pasado cierto tiempo. En todo caso, una vez comprobado que la Administración ha actuado dentro del margen de discrecionalidad que le corresponde, no puede aceptarse la pretensión del recurrente de que se introduzca en el contrato una cláusula legalmente no exigible; ello implicaría sustituir la discrecionalidad del órgano de contratación, investida de las notas de presunción de objetividad y cualificación profesional, por la suya propia, necesariamente parcial.



11.1.9. Contratación centralizada

[Resolución 159/2019](#)

El recurrente y el poder adjudicador discuten si el contrato impugnado está o no sujeto al régimen de contratación centralizada en virtud del Decreto 23/2019. A juicio de este Órgano, la respuesta es afirmativa. El artículo 1 de esta norma declara de contratación centralizada “el suministro de energía eléctrica”, y dicho suministro está incluido dentro de las prestaciones del contrato. A estos efectos, es indiferente cuál sea el tipo contractual elegido para la adquisición de la energía, porque el objeto de la centralización no son dichos tipos, sino la adquisición de ciertos bienes o servicios. Una interpretación distinta vaciaría de contenido la propia figura de la centralización, que supone atribuir las competencias propias de múltiples órganos de contratación a un único órgano (en este caso, el Consejero de Hacienda y Economía, según el artículo 24 del Decreto 116/2016). Téngase en cuenta que, por un lado, una de dichas competencias es precisamente decidir cuál es la fórmula contractual más idónea para satisfacer el interés público y los principios generales de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO y el artículo 28.1 de la LCSP) y que, por otro lado, no tendría sentido que los órganos afectados por la centralización pudieran eludirla simplemente cambiando el tipo contractual utilizado o contratando la prestación cuya adquisición se centraliza conjuntamente con otras.

11.1.10. Subcontratación

[Resolución 130/2019](#)

No obstante lo anterior, conviene precisar que la subcontratación supone, a los efectos de la LCSP, 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, de tal modo que no están comprendidos en este concepto otras modalidades de externalización de la actividad empresarial como, por ejemplo, la adquisición a otras empresas de suministros o



servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sí sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación (ver la Resolución 92/2016 del OARC / KEAO) (...)

[Resolución 28/2021](#)

(...)

3) En cuanto al segundo supuesto, el poder adjudicador alega que la oferta prevé la subcontratación de la prestación debatida, lo que infringe la prohibición general de esta figura contenida en el apartado 28 del PCAP. Esta alegación no puede aceptarse. A falta de una definición en la LCSP, este Órgano ha considerado el subcontrato como un contrato celebrado entre el contratista y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto del contrato principal. Esta figura no debe confundirse con la adquisición por el contratista a otras empresas de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sí son parte del proceso necesario para producir dicha prestación. Para distinguir ambas figuras hay que analizar también el caso concreto, pues la prohibición de la subcontratación es una posibilidad que la LCSP condiciona a la concurrencia de ciertos requisitos (ver los artículos 215.1 y 75.4 de la LCSP). Consecuentemente, la determinación de si una proposición ha infringido una prohibición de subcontratación tan absoluta como la establecida en este caso (adoptada, por cierto, sin la justificación en el expediente a la que se refiere el artículo 215.2 e) de la LCSP) debe interpretarse con base en la razón o finalidad que la haga relevante para la correcta ejecución de la prestación (ver la Resolución 92/2016 del OARC / KEAO). Asimismo, dado que lo que está en juego es nada menos que la exclusión de una oferta, deben tenerse en cuenta los principios de proporcionalidad y transparencia, que piden que la causa de exclusión sea clara y de una gravedad suficiente para justificar tan grave conclusión (ver, por ejemplo, la Resolución 183/2019 del OARC / KEAO).

4) Aplicados los criterios expuestos, no parece razonable entender que la prohibición analizada, sea cual sea su alcance, afecte a una actividad consistente en conseguir



un objeto tan predefinido y configurado como la licencia de uso de un programa, pues esta puede adquirirse por el adjudicatario directa o indirectamente del titular último de su explotación sin que en ninguno de los dos casos haya diferencia alguna en las características del producto finalmente aplicado a la prestación contractual. En este sentido, y en el contexto del presente contrato, parece más razonable entender que la adquisición de las licencias no es una verdadera subcontratación sino más bien un elemento que se integra en la prestación contractual, necesario para su ejecución, pero sin autonomía ni especificidad propia dentro de ella. Tampoco hay motivos que justifiquen (en el expediente no constan, como ya se ha dicho, ni los aporta el informe del poder adjudicador, ni se deducen de los pliegos) qué añade a la mejor ejecución de la prestación la extensiva interpretación del apartado 28 del PCAP sostenida por HAZI para prohibir que el adjudicatario adquiera las licencias mediante un intermediario. De hecho, como bien apunta el recurrente, y con independencia de que la citada cláusula sea firme por no impugnada en tiempo y forma, lo cierto es que no es fácil entender qué significa el término “subcontratación” en este contexto. Así, es significativo que el artículo 215.2 e) de la LCSP contempla la posibilidad de limitar la subcontratación de ciertas tareas críticas en los contratos de obras y los contratos de servicios, mencionando para los contratos de suministro tan solo los servicios o trabajos de colocación o instalación a ellos asociados.

[Resolución 197/2021](#)

Consecuentemente, respecto del conductor existe una prohibición legal de subcontratación, que el transportista deberá respetar en todo caso. En lo que respecta al resto del personal, la cláusula impugnada adolece a juicio de este Órgano de dos defectos. Por un lado, contrariamente a lo dispuesto en los artículos 75.4 y 215.2.e) de la LCSP, no detalla las tareas o los concretos trabajos que deben ser realizados directamente por el contratista, sino que efectúa una manifestación genérica de que lo serán aquéllos que “implican un contacto directo con los y las usuarias del servicio”, sin especificar, a la vista de la regulación del servicio y objeto del contrato, cuáles son las concretas tareas que implican dicho contacto directo distintas de las propias del conductor. Por otro lado, y, en segundo lugar, la circunstancia de que existan menos intermediarios (común, por definición, a cualquier supuesto de subcontratación) no



justifica, por sí sola, que una tarea (indefinida) sea considerada como crítica, habida cuenta que, como en cualquier otro supuesto, el contratista debe ser quien responda ante el poder adjudicador de que el subcontratista cumpla correctamente y con respeto de la normativa aplicable la ejecución de la tarea subcontratada, sin perjuicio de las funciones de la Administración al respecto. En todo caso, el control de que los subcontratistas o el personal de las empresas subcontratadas hayan obtenido la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes sexuales (el cual parece ser la finalidad de la prohibición de la subcontratación) puede obtenerse por medios más adecuados y proporcionados que dicha prohibición por ser menos restrictivos de la potestad de organización empresarial de los operadores económicos (ver, por ejemplo, el artículo 215.2 de la LCSP).

[Resolución 127/2024](#)

Este Órgano se ha pronunciado con anterioridad sobre la pertinencia de la cláusula que restringe la subcontratación de la conducción (ver, en este sentido la Resolución 209/2021) sobre la base de que la profesión de transportista, en general, así como la realización del servicio de transporte colectivo de menores por carretera, en particular, está fuertemente reglada y las infracciones del ejercicio de la profesión sujetas a un régimen sancionador. Así, para la realización de transporte público de viajeros por carretera se debe obtener un título administrativo habilitante, debiéndose acreditar a tal efecto las condiciones previas de carácter personal establecidas en los artículos 42 a 56 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT), entre las que se encuentra que quienes contraten una operación de transporte como porteadores deberán llevarla a cabo a través de su propia organización empresarial (artículo 54.1 LOTT), y, en lo que a la impugnación se refiere, que el personal utilizado por el porteador se encuentre encuadrado en su organización empresarial de conformidad con las reglas contenidas en la legislación social y laboral que resulten de aplicación y cuente con las habilitaciones, certificaciones, licencias o autorizaciones que, en atención a las funciones que desarrolle (artículo 54.2 LOTT), resulten exigibles en cada caso. Así, en el transporte regulares de viajeros de uso especial, como es el escolar, la única excepción que contempla la LOTT (artículo 89.2) a la realización del servicio por la propia organización del empresario es la referida a la insuficiencia de vehículos.



11.1.11. Prolongación de los efectos de un contrato anulado por sentencia firme

[Resolución 202/2022](#)

La primera pretensión es la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la anulación del acto impugnado, cuya parte dispositiva establece lo siguiente:

“PRIMERO.- Habiendo sido debidamente motivado que una cesación inmediata en la prestación de los servicios obligatorios de limpieza urbana, recogida, y transporte de residuos municipales derivada de la aplicación inmediata de las resoluciones judiciales indicadas en la parte expositiva del presente acuerdo tendría una notable y grave incidencia en la salud y salubridad pública, y en aplicación de las previsiones contenidas en el art 42.3 LCSP, disponer la continuidad de los servicios citados a cargo de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. bajo las mismas cláusulas conforme a las cuales ha venido hasta este momento prestando servicio, es decir, de conformidad con la adjudicación aprobada por el Ayuntamiento Pleno N° 166/15/2018-2, de 13 de agosto de 2018, así como las posteriores modificaciones aprobadas que constan en la parte expositiva del presente. No obstante, el periodo de tiempo durante el que se prestará el servicio en las anteriores condiciones será el necesario hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio, como es la efectiva puesta en ejecución de la prestación por un nuevo contratista.”

A juicio de este Órgano, el motivo de recurso debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) El contrato en virtud del cual VSM venía prestando el servicio de limpieza urbana y recogida y transporte de residuos municipales fue anulado como consecuencia de la sentencia 249/2020, por lo que su contenido obligacional no puede ya producir efecto jurídico alguno. Consecuentemente, el acto impugnado no puede ampararse en su clausulado, como implícitamente reconoce el poder adjudicador, que lo fundamenta en el artículo 42.3 de la LCSP, el cual permite la prolongación, bajo ciertas condiciones, de los efectos de un contrato declarado nulo.



- 2) El citado artículo 42.3 de la LCSP no puede servir como base legal para el acto recurrido. En primer lugar, el precepto se refiere a una nulidad declarada en vía administrativa, lo que no es el caso. Por otro lado, el acuerdo de continuación de los efectos del contrato debe producirse en el mismo acto en el que se declara la nulidad lo que, evidentemente, no se cumple; debe tenerse en cuenta, además, que, implícitamente, este requisito presupone que el órgano que acuerda la continuidad debe ser el mismo que declara la nulidad, lo que es lógico porque dicha continuidad no es sino una limitación de la consecuencia más evidente de la invalidez del contrato, que es su ineficacia.
- 3) Partiendo de lo expuesto en el apartado 2) anterior, este Órgano estima que no hay otra cobertura legal que pueda amparar el acto recurrido (ni el poder adjudicador la alega). Se trata, materialmente, de la adjudicación directa, sin procedimiento alguno, de un contrato de servicios; de hecho, se ha prescindido incluso del elemento más básico de cualquier contrato, que es el consentimiento de ambas partes. Tampoco se ha acudido a alguno de los procedimientos excepcionales previstos en la LCSP que, en su caso, podrían ser aplicables, como la tramitación por emergencia (artículo 120) o el procedimiento negociado por reconocida urgencia (artículo 168 b) 1º; ver también, por ejemplo, la sentencia del TJUE de 14/6/2007, C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337, apartados 60 y siguientes). Debe señalarse que no se prejuzga la existencia del interés general que pretende satisfacerse, ni la necesidad de una actuación urgente para remediar graves perjuicios a dicho interés (cuestiones que no son relevantes a los efectos de la presente Resolución), pero sí se rechaza el cauce legal elegido por el Ayuntamiento.

11.1.12. Corrección de error material o de hecho

[Resolución 83/2022](#)

Alega la recurrente que la rectificación del Acta de la Mesa de 18 de enero de 2022 infringe lo establecido en el artículo 19 de la LPAC y le ha causado un perjuicio al admitir la oferta de E-RENTING al lote 2. Tampoco procede acoger el presente motivo



impugnatorio, pues a juico de este OARC/KEAO la corrección de errores cuestionada cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales para ser considerada una rectificación de error material o de hecho. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) Un Acta es un documento que consiste en relacionar lo sucedido, tratado o acordado en una junta o sesión. En el presente caso, dicha Acta trató de reflejar lo realmente acontecido en el acto público de la Mesa de contratación celebrado el día 28 de diciembre de 2021 y, sin embargo, no lo consiguió, pues con posterioridad a dicha sesión se advirtió un error en la redacción o transcripción de la misma. Dicho error consistió en no reflejar en el Acta que el licitador E-RENTING, además de presentar oferta al lote 1, lo hacía también al lote 2
- 2) La constatación del error no ha requerido de ningún tipo de análisis jurídico, ni mayor razonamiento, y se advierte de la propia contemplación de la documentación presentada por la licitadora en la que se observa la manifiesta voluntad de licitar a ambos lotes. Por ello, y dado que no se trata de anular ningún acto o resolución recogidos en el Acta, sino de reconducirla a los propios términos en que debió ser redactada, la rectificación de la misma se encuadra claramente entre los casos permitidos por el artículo 109.2 de la LPAC, por lo que el proceder de la Administración ha sido jurídicamente correcto.
- 3) Finalmente, no puede admitirse la alegación de AT CAPITAL relativa a que dicha modificación del acta le ha supuesto un perjuicio por haberse admitido la oferta de E-RENTING al lote 2, por cuanto pretende beneficiarse de un error material cometido por la Mesa para eliminar un competidor, lo cual no es aceptable.

11.1.13 Penalidades

[Resolución 192/2023](#)



El recurrente impugna cinco de las infracciones muy graves previstas en la cláusula 23 del PCAP por considerarlas poco claras e imprecisas, sin que pueda conocerse de antemano su alcance exacto y pudiendo ser aplicadas de forma arbitraria o desproporcionada. En concreto, se trata de (i) “La demora en la prestación del servicio o la cesación en la prestación del mismo, salvo causas de fuerza mayor”, (ii) “El incumplimiento de cualesquiera de las condiciones y obligaciones establecidas en este pliego, sin perjuicio de las acciones posteriores que de ello se deriven”, (iii) “El incumplimiento de las condiciones y obligaciones establecidas en el pliego que produzca perjuicio grave”, (iv) “La realización de los trabajos de forma manifiestamente irregular” y (v) “Las incidencias del personal contratado con los destinatarios del servicio y el ciudadano en general”. Analizado el motivo de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) La cláusula relativa a la penalidad por demora o cesación en el servicio, salvo causas de fuerza mayor, está suficientemente descrita y no parece que pueda facilitar una aplicación arbitraria o desproporcionada derivada de falta de claridad u omisiones en su redacción. Debe señalarse que, aunque no se señala expresamente que la demora o cesación deben ser imputables al contratista, esta consideración se deriva de la más elemental aplicación de la normativa en la que el contrato se inserta, la cual debe servir como marco interpretativo y para suplir posibles lagunas del régimen fijado en los pliegos. En este sentido, este Órgano ya ha señalado (ver sus Resoluciones 41/2015, 118/2017 y 197/2021) que, cuando la regulación contenida en los pliegos sea insuficiente, sus lagunas pueden integrarse por los medios legalmente previstos (artículo 25.2 de la LCSP), sin que exista una obligación jurídica de que la documentación contractual incluya una regulación exhaustiva de todas las posibles incidencias que pudieran derivarse de la aplicación de su clausulado. En este caso, la cláusula impugnada debe integrarse con el artículo 192.2 de la LCSP, que establece el requisito de la imputabilidad del incumplimiento al contratista como presupuesto de la aplicación de las penalidades (se trata de un supuesto muy similar al analizado en la Resolución 197/2021 del OARC /KEAO).
- 2) La cláusula que considera infracción muy grave el incumplimiento de cualquier condición u obligación establecida en los pliegos es contraria a Derecho por



varios motivos. En primer lugar, la estipulación renuncia a graduar la importancia de los incumplimientos contractuales considerando que todos ellos son muy graves, lo que infringe el principio de proporcionalidad (artículo 192 LCSP). En segundo lugar, al referirse a cualquier infracción, deja sin contenido el régimen de penalidades previsto en la cláusula 23 del PCAP, que sí describe distintas infracciones concretas y matiza su gravedad; consecuentemente, se posibilita que el poder adjudicador considere arbitrariamente como muy grave cualquier infracción o que, por el contrario, decida, también arbitrariamente, considerarla grave o leve aplicando una cláusula más específica que lo permita.

- 3) La cláusula que considera infracción muy grave los incumplimientos que produzcan un perjuicio grave no es aceptable por su inconcreción. Parece que la intención es establecer una cláusula “de cierre” o “residual” que permita considerar infracción muy grave cualquier incumplimiento no tipificado expresamente como tal que cause dicho perjuicio, pero lo cierto es que no se concreta en qué consiste tal daño, ni en su importancia ni en el bien o persona damnificada (el servicio, el poder adjudicador, los usuarios, etc.). Por ello, esta cláusula también puede facilitar la actuación arbitraria del poder adjudicador.
- 4) La tipificación de la “realización de los trabajos de forma manifiestamente irregular” como infracción muy grave tampoco es lo suficientemente precisa como para garantizar su aplicación adecuada, excluyendo la arbitrariedad. Debe tenerse en cuenta que, en general, las infracciones objeto de penalización ya responden en su mayoría a la deficiente ejecución del contrato y se recogen en otras cláusulas que sí concretan su alcance y su penalidad, por lo que la estipulación recurrida las duplica y posibilita su reconducción como infracciones muy graves, posibilitando una arbitrariedad similar a la señalada en el apartado 2) anterior.
- 5) Finalmente, la infracción por incidencias del personal contratado con usuarios y ciudadanos sí se considera suficientemente descrita. Igual que sucede en el caso del apartado 1) anterior, la falta de mención expresa a la imputabilidad al contratista debe entenderse, en todo caso, integrada con el artículo 192.2 LCSP. Además, en este caso la propia redacción de la cláusula se refiere



claramente al “trato incorrecto” o a la “deficiencia en la prestación del trabajo”, términos que presuponen dicha actuación imputable.

[Resolución 127/2024](#)

La alegación de que la penalidad descrita en la cláusula específica 31.1.7 del PCAP, relativa a “ofensas verbales o faltas de respeto a cualquier persona relacionada con el servicio de transporte” por falta de definición debe ser desestimada. Las “ofensas verbales” pueden ser objeto de despido disciplinario (artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores) y este precepto no contiene mayor especificación sobre dicho concepto, y la jurisprudencia entiende que entran dentro de la conducta sancionable con el despido las dirigidas a personas ajenas a la empresa, si bien dentro del ámbito del contrato laboral (ver, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 13.11.09 y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21.02.17).

(...)

Ha de ser desestimada la alegación de que las penalidades contempladas en la cláusula general 31 del PCAP infringen el principio de tipicidad, que es uno de los principios que rigen la potestad sancionadora de las administraciones públicas (artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 mayo 2019, que resuelve recurso de casación nº 1372/2017 (ECLI:ES:TS:2019:1689) manifiesta que las penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni éste es aplicable supletoriamente y que su naturaleza se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Consecuentemente, no se precisa para su validez y eficacia que las conductas a penalizar consten calificadas como leves, graves o muy graves, si bien las impuestas deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento (artículo 192.1 de la LCSP) y todo ello, con independencia de que el órgano de contratación decida graduar las penalidades en las bases de la licitación.



11.1.14 Colaboración con la Autoridad Vasca de la Competencia

[Resolución 145/2023](#)

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores el recurso debe ser desestimado. Igualmente, debe rechazarse la solicitud de que este Órgano comunique a la autoridad de competencia que corresponda los indicios de prácticas colusorias que constarían en el expediente, ya que no se trata de una petición impugnatoria propia de un recurso, pues no se busca anular, revocar, sustituir o dejar sin efecto un acto administrativo. Téngase en cuenta que la recurrente alega prácticas colusorias en el procedimiento, pero de sus peticiones no se deduce que este Órgano deba tomar decisión alguna en virtud del principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) que conduzca, por ejemplo, a acordar la exclusión de licitadores en razón de dichas prácticas (ver, “sensu contrario”, la Resolución 93/2021 del OARC / KEAO), todo ello sin perjuicio de que este Órgano pueda comunicar lo que estime oportuno a la vista del artículo 132.3 de la LCSP u otras normas aplicables (ver, por ejemplo, el artículo 3.1 k) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) a la autoridad de competencia (ver, en este sentido la Resolución 208/2021 de este OARC / KEAO)

11.1.15 Prórroga excepcional (artículo 29.4 LCSP)

[Resolución 005/2024](#)

La primera pretensión de la recurrente es la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la anulación del acto impugnado por no satisfacerse los requisitos establecidos en el artículo 29.4 LCSP para la prórroga extraordinaria de un contrato cuando aún no está formalizado el contrato que vaya a sustituirlo, cuya literalidad es la siguiente:

No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience



la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario o, tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco o un contrato específico en el marco un sistema dinámico de adquisición, se hayan enviado las invitaciones a presentar oferta del nuevo contrato basado o específico al menos quince días antes de la finalización del contrato originario.

Este motivo de recurso debe estimarse porque:

- (i) la falta de formalización del nuevo contrato no puede imputarse a incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y
- (ii) porque no se ha publicado el anuncio de licitación del nuevo contrato con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

No obstante, debe indicarse que, dado que se trata de requisitos acumulativos, la omisión de cualquiera de los dos supondría por sí sola la invalidez del acto impugnado.

a 1) Sobre la imprevisibilidad para el órgano de contratación

La parte expositiva del acto impugnado (Resolución de Alcaldía de 13/6/2023) señala que el retraso producido en la tramitación del procedimiento de adjudicación del nuevo contrato se justifica por la necesidad de conocer las condiciones salariales acordadas en el nuevo convenio colectivo de aplicación al personal de la contrata, habida cuenta de la relevancia de los costes laborales en el precio del contrato y de la exigencia legal de que este último sea adecuado al mercado. En el mismo sentido, el informe de respuesta al recurso argumenta que la guerra entre Rusia y Ucrania ha producido una subida desorbitada de los precios y el correlativo incremento de los salarios mediante procesos de negociación colectiva, como ha sido el caso del que ha afectado a SAMYL y a los representantes de los trabajadores que prestan el servicio objeto del contrato. Estas alegaciones no son aceptables por las siguientes razones:



- 1) Este Órgano ya ha señalado que la LCSP (ver, por ejemplo, el artículo 100.2 LCSP, que habla del “convenio laboral de referencia”) requiere que los cálculos para elaborar el Presupuesto Base de Licitación (PBL) de los contratos de modo que su importe sea ajustado al mercado deben efectuarse con base en los convenios colectivos vigentes y aplicables en el momento de determinar dicho PBL, y no de acuerdo con convenios no suscritos o en fase de negociación (ver, por ejemplo, las Resoluciones 136/2022 y 40/2023 del OARC / KEAO). Consecuentemente, debe concluirse que no es necesario esperar al inicio de la vigencia de un nuevo convenio para tramitar un procedimiento de adjudicación, pues los datos para calcular el PBL ya son conocidos y se refieren a los convenios aplicables vigentes.
- 2) Si el procedimiento de adjudicación se ha retrasado por la incertidumbre sobre el alcance salarial del nuevo convenio colectivo, el poder adjudicador no puede imputarlo a un hecho imprevisible sino a una decisión propia, consciente y en absoluto ineludible, de esperar a la aprobación de un nuevo convenio. Téngase en cuenta que no puede considerarse como un hecho imprevisible que a un convenio colectivo finalizado le sustituya otro después de un periodo de negociación más o menos prolongado y que este último recoja un incremento retributivo, no siendo infrecuente el caso de que el nuevo pacto llegue mucho tiempo después de la finalización de la vigencia del anterior y con los correspondientes efectos retroactivos (en este caso, el nuevo convenio, que sustituye a uno finalizado el 31/12/2020, se acordó el 23/2/2023 y sus efectos se retrotraen al 1/1/2021).
- 3) Por otro lado, el artículo 29.4 LCSP reproducido más arriba exige expresamente que los acontecimientos imprevisibles se produzcan “en el procedimiento de adjudicación”, lo que no sucede en este caso, en el que las circunstancias alegadas por el Ayuntamiento pretenden justificar precisamente la demora en el inicio de dicho procedimiento, y no su retraso una vez iniciado. Esta exigencia es consecuente con la finalidad del precepto, que es ofrecer un cauce legal de continuidad del servicio a un poder adjudicador que tramita a tiempo el procedimiento de adjudicación del nuevo contrato, el cual se dilata por causas que no le son imputables; por ello, esta norma excepcional no es aplicable cuando la causa es previa al procedimiento de adjudicación.

a 2) Sobre la fecha de la publicación del anuncio de la licitación del nuevo contrato



Consta en el expediente que el contrato originario finalizaba el 13/6/2023, y que el anuncio de licitación del nuevo contrato que había de sustituirlo se publicó el día 14/4/2023 en el perfil del contratante y el día 19/4/2023 en el DOUE. Por lo tanto, no se satisface el requisito establecido en el artículo 29.4 LCSP de que dicho anuncio se publique con una antelación mínima de tres meses respecto a la fecha de finalización del citado contrato originario. Debe señalarse que el precepto habla de “anuncio de licitación”, lo que remite al anuncio recogido en el artículo 135 LCSP, que no puede sustituirse, a estos efectos, por el anuncio de información previa (artículo 134 LCSP), publicado en este caso el día 16/1/2023. Por todo ello, también debe estimarse este motivo de impugnación.

11.1.16 La garantía definitiva

[Resolución 145/2024](#)

SEPROGAL alega que el importe de la garantía definitiva está incorrectamente fijado porque se calcula mediante un porcentaje del PBL y no sobre el precio final, lo que perjudica a los licitadores. Esta alegación debe aceptarse. El artículo 107.3 LCSP establece que “Cuando el precio del contrato se formule en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido”. Este precepto es una excepción a la regla general del artículo 107.1 LCSP, que determina que la garantía se calcula con base en el precio final ofertado por el adjudicatario. Sin embargo, como ya se ha señalado en la letra d) del presente Fundamento jurídico, solo dos de los tres precios en los que se descompone la retribución del contratista son precios unitarios (los correspondientes a las horas de vuelo ordinarias y extraordinarias). El otro precio (disponibilidad del helicóptero con tripulación) se fija por referencia a periodos mensuales y es constante y predeterminado en su cuantía, pues no depende de necesidades concretas del poder adjudicador que pueden darse en mayor o menor medida. Esta variabilidad hace que no sea posible determinar “a priori” su cuantía final y lo que justifica que la LCSP prevea que la garantía se establezca de acuerdo con el PBL máximo estimado para cada precio unitario y no en



relación con el importe de adjudicación. Consecuentemente, la Administración debió establecer la garantía combinando ambos modos de cálculo y aplicando cada uno de ellos a las cantidades correspondientes a ambos tipos de precios. Debe señalarse que, para ello, debe establecerse primero el PBL máximo atribuido a cada precio unitario, magnitud que a su vez depende de la cantidad máxima de unidades que se estima van a solicitarse, dato que, como se ha indicado en la letra d) anterior, no consta en los pliegos.



Kontratuen inguruko Errekurtsuen Administrazio Organoa
(KEAO)

Órgano administrativo de recursos contractuales (OARC)



**Kontratuen Inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoa**
Órgano Administrativo
de Recursos Contractuales

Calle Donostia-San Sebastián, 1 01010 Vitoria-Gasteiz. Planta 0, Lakua II.

945019595

oarc@euskadi.eus