

DOCTRINA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

Comunidad Autónoma de Euskadi
2011-2014



**Kontratuen inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoa**
Órgano Administrativo
de Recursos Contractuales

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

Vitoria-Gasteiz, 2015

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

- Edición:** 1º, julio 2015
- Tirada:** 50 ejemplares
- ©** Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Departamento de Hacienda y Finanzas
- Internet:** www.euskadi.net
- Edita:** Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco
Donostia-San Sebastián 1, 01010 Vitoria-Gasteiz
- Diseño:** EkipoPO
- Impresión:** Servicio de Imprenta y Reprografía del Gobierno Vasco
C/ Donostia-San Sebastián 1, Vitoria-Gasteiz 01010
- Depósito Legal:** VI 537-2015

ÍNDICE

1. REQUISITOS DEL RECURSO	11
1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA	11
1.1.1. De Ayuntamiento	11
1.1.2. De sindicato	14
1.1.3. De trabajadores	15
1.1.4. De colegios oficiales	18
1.1.5. De quien ha presentado oferta y luego recurre	18
1.1.6. De licitador excluido que impugna la adjudicación	20
1.1.7. De quien no presenta una oferta	22
1.1.8. De UTE	23
1.2. PLAZO, FORMA Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN	25
1.2.1. Anuncio de interposición	25
1.2.2. Inicio del plazo de interposición si adjudicación	25
1.2.3. Inicio del plazo de interposición si pliegos	27
1.2.4. Efectos de la notificación defectuosa	28
1.2.5. Lugar de presentación	31
1.3. ACTOS RECURRIBLES	32
1.3.1. No son actos recurribles	32
1.3.2. Son actos recurribles	34
1.4. CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL	36
1.4.1. Contrato de explotación del servicio de cafetería	36
1.4.2. Servicios de distribución de bebidas y alimentos mediante máquinas expendedoras	37
1.4.3. Contrato de limpieza viaria calificado inicialmente como de administrativo especial	38
1.4.4. Contrato de limpieza viaria calificado inicialmente de gestión de servicio público	39
1.4.5. Contrato de obra de remodelación de instalación deportiva y su explotación	40
1.5. OTRAS CUESTIONES PROCESALES	42
1.5.1. Características de un escrito para su consideración como recurso	42
1.5.2. Solicitud de inadmisión del recurso basada en la falta de aptitud del recurrente	42
1.5.3. Carácter preclusivo del recurso	44



2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	45
2.1 IGUALDAD DE TRATO	45
2.2 PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA	47
2.4 LIBRE COMPETENCIA	48
2.5 OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA	52
3. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN	55
3.1. OPERADORES ECONÓMICOS	55
3.1.1 Concepto	55
3.1.2 Entidades sin ánimo de lucro	56
3.1.3 Operadores económicos subvencionados	57
3.2 PROHIBICIONES DE CONTRATAR	58
3.2.1 No son ampliables por los pliegos	58
3.3 CLASIFICACIÓN	58
3.3.1 Exigencia de clasificación no procedente	58
3.4 SOLVENCIA	59
3.4.1 Vinculada al objeto	59
3.4.2 Medios de acreditación	59
3.4.3 Vinculación a un contrato concreto	60
3.4.4 Proporcionalidad	60
3.4.5 No discriminación	62
3.4.6 Arraigo territorial	63
3.4.7 No puede referirse a la prestación	64
3.4.8 Fijación de un umbral	64
3.4.9 Titulaciones académicas	64
3.4.10 El compromiso de adscripción de medios	65
3.4.11 Mención en el anuncio	66
3.4.12 Trabajos similares	66
3.4.13 Certificados de calidad y clasificación	68
3.4.14 Solvencia y condición de ejecución	69
3.6 HABILITACIÓN PROFESIONAL	70
3.6.1 Diferencia con la solvencia	70
3.6.2 Subsumida en el certificado de clasificación	71
3.6.3 No susceptible de integrarse con medios externos	71

3.7 OBJETO SOCIAL	72
3.7.1 Interpretación amplia	72
3.7.2 Prestaciones accesorias	73
3.8 UNIONES TEMPORALES DE EMPRESARIOS	73
3.8.1 Solvencia de la UTE	73
3.8.2 Única fórmula de licitación solidaria	74
4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN.....	75
4.1 PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN	75
4.1.1 Elección del procedimiento de adjudicación	75
4.1.2 Contratación conjunta de proyecto y obra	76
4.1.3 Procedimiento restringido	78
4.1.4 Concurso de proyectos	78
4.1.5 Diálogo competitivo	80
4.1.6 Procedimiento negociado por imperiosa urgencia	82
4.1.7 Proceso de negociación	83
4.3 MESA DE CONTRATACIÓN	83
4.3.1. Intervención preceptiva del Comité: consecuencias de la omisión	83
4.3.2 Concepto de órgano proponente del contrato	84
4.3.3 Constitución de la mesa	84
4.4. COMITÉ DE EXPERTOS	86
4.4.1. Aplicación de las normas de los órganos colegiados al comité de expertos	86
5. PLIEGOS DEL CONTRATO	89
5.2. INTERPRETACIÓN	89
5.3 PRECIO Y PRESUPUESTO	91
5.3.1 Concepto de valor estimado	91
5.3.2 Precio	92
5.3.3 Revisión de precios	94
5.3.4 Crédito reservado para la financiación del contrato	95
5.4 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	96
5.4.1 Vinculación al objeto	96
5.4.2 Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria	97
5.4.3 Criterios discriminatorios	100
5.4.4 Criterios sujetos a fórmulas	100



5.4.5 El precio como criterio de adjudicación	102
5.4.6 Criterios de apreciación imposible	105
5.4.7 Subcriterios	106
5.4.8 Consecuencias de la nulidad de un criterio	107
5.5 PRESCRIPCIONES TÉCNICAS	108
5.5.1 Barreras de entrada a la competencia	108
5.5.2 Etiquetas y certificados de calidad	109
5.6 VARIANTES Y MEJORAS	113
5.6.1 Variantes: concepto	113
5.6.2 Mejoras: requisitos y consecuencias de su incumplimiento	116
5.7 OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES	117
5.7.1 Obligación legal	117
5.7.2 La decisión de facilitar o no la información requerida por el art. 120 TRLCSP es revisable por OARC/KEAO	118
5.7.3 La información sobre la subrogación ha de ser veraz	121
5.9 CALIFICACIÓN DEL CONTRATO	122
6. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PROPOSICIONES	123
6.1 DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA	123
6.1.1 Falta de firma	123
6.1.2 Error de cuenta en la suma	124
6.1.3 No debe tenerse en cuenta el IVA para valorar el precio	125
6.1.4 Superación de un precio unitario señalado por la Administración	127
6.1.5 Libertad de configuración de la oferta	128
6.1.6 Confidencialidad	129
6.1.7 Oferta integrada	130
6.1.8 Error	131
6.1.9 Oferta contradictoria	132
6.2 OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS	133
6.2.1 Imposibilidad de apreciar anormalidad sin fórmula previa (en procedimientos con varios criterios de adjudicación)	133
6.2.2 Fórmula de anormalidad o desproporcionalidad que no puede aplicarse sin incurrir en arbitrariedad	134
6.2.3 Fórmula con un umbral de anormalidad constante respecto al presupuesto	137
6.2.4 Procedimiento de apreciación de la temeridad	140



6.3 SECRETO DE LA OFERTA Y VALORACIÓN SEPARADA	142
6.3.1 Finalidad de la apertura separada de sobres	142
6.3.2 Debe haber vulneración material del secreto	143
6.4 OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS	143
6.4.1 Justificación	143
6.5 SUBSANACIÓN Y ACLARACIONES	145
6.5.1 Ausencia total de documentación	145
6.5.2 Subsanación oferta técnica	146
6.5.3 Aclaración de la propuesta técnica	147
7. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO	151
7.1 EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO	151
7.1.1 Claridad de la causa de exclusión	151
7.1.2 Motivación	151
7.1.3 Si incumplimiento, insuficiencia declaración genérica de acatamiento de pliegos	152
8. ADJUDICACIÓN.....	153
8.1 MOTIVACIÓN	153
8.1.1 Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica	153
8.1.2 Requiere comparación entre ofertas distintas	155
8.2 DESISTIMIENTO Y RENUNCIA	156
8.2.1 Desistimiento: potestad reglada	156
8.2.2 Renuncia: razones de interés público	156
9. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO	159
9.1 CUMPLIMIENTO Y EFECTOS	159
9.1.1 Recurso frente a acto de adjudicación dictado en ejecución de una resolución previa	159
9.1.2 Fijación por el OARC/KEAO de la oferta económicamente más ventajosa	160
9.1.3 Cosa juzgada	161
9.2 DESISTIMIENTO Y ALLANAMIENTO DEL PODER ADJUDICADOR	161
9.2.1 Desistimiento del recurso	161



10. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES.....	163
10.1.1 Notificación en domicilio distinto al señalado	163
10.1.2 Notificación defectuosa	164
10.1.3 Notificación verbal del acuerdo de exclusión	165
11. OTRAS CUESTIONES.....	167
11.1 OTRAS CUESTIONES	167
11.1.1 Anuncio de licitación	167
11.1.2 Forma y extensión de la oferta	169

1. REQUISITOS DEL RECURSO

1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1.1.1. De Ayuntamiento

Resolución 11/2012

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...) De todo ello no puede, sin embargo, colegirse que la intervención del municipio en los casos de ejecución de licencia obras que deben realizarse en su término tenga que traducirse, sin excepción alguna, en el otorgamiento de la correspondiente licencia urbanística. Es cierto que, como dispone el art. 84.1, b) LBRL, esa será la solución normal por lo que a la actividad de los ciudadanos se refiere, e incluso deberá ser también la regla general en el caso de licencia obras que deban realizarse por otras Administraciones, pero no puede considerarse que atente contra la autonomía que garantiza

el art. 137 CE el que el legislador disponga que, cuando existan razones que así lo justifiquen, la intervención municipal se articule por medio de otros procedimientos adecuados para garantizar el respeto a los planes de ordenación urbanística. En efecto, como se ha indicado, el art. 19 LPMM sustrae al control preventivo municipal «las licencias obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en dominio público portuario por las Autoridades Portuarias» (apartado 3). No obstante, la Ley no excluye la intervención del municipio, el cual debe emitir un informe sobre la adecuación de tales licencias obras al plan especial de ordenación del espacio portuario (apartado 1). Se garantiza, por tanto, la intervención del ente local tal y como exige la garantía institucional de la autonomía municipal, por lo que no puede apreciarse un menoscabo ilegítimo de la misma (...). (FJ 39)

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

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

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

1.1.2. De sindicato

Resolución 92/2014

QUINTO: Se acredita la representación de quien actúa en nombre del recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, el sindicato UGT entiende que existe un vínculo claro entre los fines y ámbito sindicales y el objeto del recurso, pues es claro que el interés específico que para la recurrente tienen cuestiones como que los costes laborales se abonen atendiendo al coste real que supongan para la adjudicataria, que los licitadores cuenten con toda la información sobre los contratos laborales en los que ha de subrogarse el prestador del servicio o que el poder adjudicador no restrinja el ámbito de la negociación colectiva entre la empresa y sus trabajadores.

El Ayuntamiento, por el contrario, rechaza la legitimación de UGT por entender que la supuesta falta de información de los licitadores perjudicaría, en todo caso, a las empresas, pero no a los trabajadores y que las retribuciones son una cuestión que se rige por la legislación laboral y que es ajena a los pliegos, los cuales definen las relaciones entre el poder adjudicador y la adjudicataria.

De acuerdo con el artículo 42 TRLCSP, «podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso». Siendo claro que la Ley no limita la legitimación únicamente a los licitadores o a las empresas potencialmente interesadas en el contrato, la legitimación de los sindicatos para la interposición del recurso especial ha sido analizada por la doctrina de los tribunales y órganos de resolución de recursos contractuales siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), que ha fijado cuatro premisas en esta materia: primera, que el interés legítimo debe entenderse como ventaja o utilidad que obtendría el recurrente en caso de prosperar la pretensión ejercitada; segunda, que los sindicatos, por reconocimiento constitucional y en virtud de los Tratados Internacionales suscritos por España, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores en general; tercera, que esa capacidad abstracta debe concretarse en cada caso mediante un vínculo o conexión entre el sindicato y la pretensión; y, cuarta, que dicho vínculo radica en la noción de interés profesional o económico (ver, por ejemplo, la Resolución 482/2014 del TACRC y las que en ella se citan, las sentencias 7/2001, 24/2001 y 84/2001 del Tribunal Constitucional, y la Resolución 46/2012 de este OARC/KEAO).

Llegados a este punto, debe analizarse si en este caso concreto existe un vínculo entre el sindicato y la pretensión que ejerce, materializado en un interés económico o profesional. De acuerdo con el escrito de recurso, la pretensión es la anulación de los pliegos, la retroacción del procedimiento y la modificación de su contenido para ajustarlo a la legalidad «declarando la nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente, anulando la cláusula 36^a, revisión de precios, del pliego de cláusulas administrativas particulares y la Adenda del pliego de cláusulas técnicas, así como las referencias que en otros artículos o cláusulas se realicen a las mismas». De la lectura de la cláusula 36^a, que a su vez se remite a los costes laborales señalados en la Adenda al Pliego de Condiciones Técnicas, se deduce claramente que su finalidad es determinar el sistema de revisión de precios aplicable al contrato, ámbito que no tiene conexión alguna con los intereses que defiende el recurrente. Es cierto que la cláusula contiene referencias a las retribuciones de los trabajadores, pero se introducen a

los únicos efectos de fijar en qué condiciones las variaciones de los costes laborales podrán trasladarse o no al precio del contrato mediante su inclusión en la fórmula de revisión, sin que pueda entenderse que la intención del poder adjudicador sea interferir el contenido de la negociación colectiva entre el adjudicatario y los trabajadores ni fijar un límite a los incrementos salariales pactados. Consecuentemente, la anulación del acto impugnado no conllevaría ningún beneficio económico o profesional para los trabajadores de la adjudicataria, cuyas variaciones en las condiciones de empleo dependerán exclusivamente de los cambios en la legislación laboral, en los convenios colectivos o en los correspondientes contratos de trabajo; cuestión distinta es la repercusión que tales variaciones puedan suponer en los costes salariales del servicio, que podrán o no ser repercutidos en la revisión del precio del contrato administrativo, siendo ésta última la única cuestión que las cláusulas impugnadas regulan.

A la vista de lo anterior, debe concluirse que el recurrente carece de legitimación y que el recurso no puede ser admitido.

1.1.3. De trabajadores

Resolución 91/2013

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

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

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

El análisis de la alegación debe ser iniciado con el artículo 42 del TRLCSP el cual dispone que:

Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

El precepto reproducido en el párrafo anterior debe interpretarse a luz de la doctrina sentada por los Tribunales que, en relación con el concepto de «interés legítimo», exigen que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Esto última significa que el interés legítimo no puede ser asimilado al del interés en la legalidad (SSTC 60/82 y 257/88 entre otras y SSTs de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003).

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

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

La posible subrogación del licitador en las relaciones laborales que mantenía el anterior adjudicatario tiene su fundamento en la normativa laboral sobre la sucesión de empresa, en concreto, en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, de Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) que en su párrafo primero dispone que «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

Además de la subrogación empresarial basada en la sucesión de empresas cabe que aquella tenga su origen en alguna de las fuentes de la relación laboral que enumera el artículo 3 del ET, y que bajo la rúbrica de «Fuentes de la Relación laboral» preceptúa que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan únicamente:

a) por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; b) por los convenios colectivos; c) por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo [...] d) por los usos y costumbres locales y profesionales.

Cabe poner de manifiesto que el artículo 3 del ET no reconoce los pliegos de cláusulas

administrativas particulares que dicte una Administración como fuente para regular elementos de la relación laboral. Además, se ha de tener en cuenta que la Administración autora de los pliegos es ajena a la relación entre el adjudicatario saliente y sus empleados y la relación de éstos con el entrante y, además, está actuando en el ámbito de la contratación pública, que regula la ejecución del servicio, y no en el plano de las relaciones laborales. En este sentido, cabe recordar que la obligación de subrogación en las obligaciones laborales no alcanzará nunca al poder adjudicador pues el artículo 301.4 TRLCSP dispone que:

A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.

Sentado lo anterior, cabe afirmar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP, la administración no tiene por qué incluir en el PCAP la obligación de subrogación, sino sólo la información al respecto, toda vez que la existencia o no de sucesión de empresa excede del ámbito de la contratación administrativa.

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

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

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

1.1.4. De colegios oficiales

Resolución 9/2012

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

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

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

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

1.1.5. De quien ha presentado oferta y luego recurre

Resolución 78/2012

PRIMERO: El Departamento en su informe de 9 de mayo de 2012 plantea, aunque no de manera expresa, una cuestión previa de legitimación del operador recurrente para la

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

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

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

Resolución 106/2014

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

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

A juicio de este Órgano, este motivo de oposición que esgrime el Ayuntamiento no puede ser aceptado. En primer lugar, en la regulación del recurso especial contenida en el TRLCSP no hay ninguna norma de cuya literalidad pueda deducirse un motivo de inadmisión como el que señala el órgano de contratación; tratándose de una materia tan grave como la exclusión de un recurso que es correcto en lo que se refiere al plazo y la legitimación «ad causam», parece claro que el legislador, de haber querido introducir el motivo, lo hubiera hecho de una manera suficientemente expresiva. En segundo lugar, la aceptación incondicionada de los pliegos que supone la presentación de la oferta, establecida por el artículo 145.1 TRLCSP, implica, por un lado, que dicha oferta no puede contradecir los pliegos ni poner matizaciones o salvedades a su contenido, con la consecuencia de la exclusión si lo hace, y por otro,

que el licitador no puede alegar válidamente, una vez iniciada la licitación o negociación, las irregularidades de los pliegos que no impugnó en tiempo y forma, de modo que quede garantizado el papel de éstos como reguladores del procedimiento de adjudicación y del contenido del contrato que en su día se perfeccione y ejecute. Sin embargo, deducir que el precepto pretende poner un obstáculo para impugnar los pliegos aunque se esté en periodo hábil para ello es una conclusión excesiva, pues supone atribuirle una función reguladora del procedimiento del recurso especial de la que carece, tanto por contenido como por ubicación sistemática. Consecuentemente, no es procedente la doctrina de los propios actos, ya que no hay contradicción alguna entre el recurso y la participación en el procedimiento; de una parte, no tiene sentido que se aplique dicha doctrina cuando se plantea el recurso después de la oferta y no cuando el orden de presentación de ambos es el inverso; siguiendo el argumento del Ayuntamiento, también podría declararse inconsistente con las actuaciones anteriores un recurso que impugne un pliego y que posteriormente se presente una oferta que supone el acatamiento del mismo pliego, lo que conduciría a una situación absurda en la que sería incompatible recurrir y licitar. Finalmente, el recurso especial no es sino la incorporación a nuestro Ordenamiento de la legislación comunitaria, uno de cuyos principios es la necesidad de que el sistema de recursos en materia contractual garantice medios de impugnación rápidos y eficaces (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2003, asunto C-410/01); este principio podría verse vulnerado si la admisión del recurso se condiciona a que no exista una oferta previa.

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

1.1.6. De licitador excluido que impugna la adjudicación

Resolución 64/2014

SEXTO: Sobre la legitimación del artículo 42 del TRLCSP, desde este órgano resolutorio se ha manifestado en otras ocasiones que «(...) el concepto de derecho o interés legítimo del artículo 42 del TRLCSP se ha interpretado a la luz de la doctrina expresada en diversas sentencias por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo¹ que, exigen 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 (Resolución 91/2013)».

Como se ha expresado en los Antecedentes de Hecho de la presente resolución, los hoy recurrentes fueron excluidos de la licitación por realizar un incorrecto cálculo en la expresión de la oferta económica, de forma que la partida independiente del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que debe soportar la administración no estaba bien formulada, al

¹ SSTC 60/82 y 257/88 entre otras y SSTS de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003.

no ser coherentes el valor principal de 72.238,98 €, el IVA aplicado 19.202,77 € y el importe final del 91.441,75 €, ya que la aplicación del porcentaje de IVA del 21% al importe principal (72.238,98 €) daría un resultado de 15.170,18 € distinto al ofertado, con lo que la oferta incurre en un error manifiesto en el importe de la proposición, que según el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es motivo de su rechazo.

Los recurrentes en ningún momento de expediente impugnan la decisión del Ayuntamiento de excluir su oferta, por lo que vienen a reconocer el error de su oferta.

Tampoco en este caso puede ser óbice alguno el hecho de que la notificación de la exclusión de su oferta no fuera completa, pues no se indicaba el plazo de interposición del recurso especial (artículo 44.2 b) del TRLCSP) ni los órganos ante quien debe presentarse (artículo 44.3 del TRLCSP). Una decisión de este órgano de retroacción hasta la notificación correcta de la exclusión con los requisitos exigidos en el artículo 58 de la Ley 30/1992, además de ser incongruente con la petición de los recurrentes, en nada modificaría su situación procesal puesto que su propuesta fue correctamente excluida.

Por tanto, es cierto como afirma el interesado en sus alegaciones, que los recurrentes carecen de legitimación, por lo menos en apariencia, porque al estar excluidos de la licitación carecen de expectativa alguna sobre el resultado de la adjudicación del contrato.

Resolución 76/2014

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto por persona que ha acreditado la representación de la empresa INBISA. Por lo que se refiere a la legitimación para recurrir, UTE CESPAS-ASASER plantea que INBISA carece de ella, dado que, al haber sido excluida de la licitación, no tiene ningún interés directo en la adjudicación impugnada más allá del que pudiera tener en la restauración de la legalidad supuestamente infringida, la cual es insuficiente pues nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública. Previamente al análisis de esta cuestión, conviene dejar claro que se refiere únicamente a la impugnación del acuerdo de adjudicación, pues la legitimación para recurrir la exclusión es evidente y las partes no la han puesto en duda.

La legitimación está vinculada con un interés directo que el recurrente vería satisfecho en el caso de que su recurso fuera estimado (ver, por todas, la Resolución 91/2013 de este Órgano). Dicho de otro modo, la legitimación se acredita probando el beneficio concreto, distinto de la mera satisfacción moral que proporcionan el restablecimiento de la legalidad o la comprobación de que la resolución coincide con su opinión, y que se obtendría de la aceptación por este Órgano de la pretensión del recurso. En este caso, la pretensión es dejar sin efecto los actos impugnados y:

- a) La retroacción de actuaciones hasta el momento en el que se acordó la exclusión, resolviéndose la exclusión del resto de los licitadores.
- b) Subsidiariamente, la nulidad de pleno derecho del artículo 111 del Pliego de Condiciones Técnicas y la correlativa declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación.

Planteado el recurso en esos términos, este órgano entiende que sí consta el interés directo que fundamenta la legitimación necesaria para impugnar la adjudicación, tanto si se anula la exclusión como si se confirma. Si el recurso se estimase en su pretensión principal, el acuerdo de adjudicación sería anulado y el procedimiento se retrotraería hasta el momento anterior a la exclusión de INBISA, con la conclusión de que la empresa sería admitida al procedimiento y podría resultar finalmente adjudicataria, beneficio tangible que representa claramente un interés directo. En el caso de que se resolviera que la exclusión fue correcta, la impugnación del acuerdo de adjudicación sería igualmente admisible; téngase en cuenta que la pretensión subsidiaria es la declaración de nulidad de pleno derecho del Pliego y la consiguiente nulidad de todo lo actuado, lo que podría suponer la tramitación de un nuevo procedimiento con el mismo objeto, al que podrían presentar nuevas ofertas las empresas excluidas, lo que es una clara mejoría de su situación jurídica que constituye también un interés directo y por lo tanto, una legitimación suficiente.

1.1.7 De quien no presenta una oferta

Resolución 133/2014

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

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

de solvencia que considera desproporcionados puesto que impiden su concurrencia a la licitación, de donde no cabe dudar que AIBAK obtiene un claro beneficio si se estima su pretensión.

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

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

1.1.8 De UTE

Resolución 52/2012

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la representación de D. J F G A, en nombre de Construcciones Ekin, S.L. y D. I M, en nombre de Construcciones Morga, S.L., para la interposición del recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 314. 4. a) LCSP.

En primer lugar debe indicarse que según consta en el expediente a la licitación del contrato de «Finalización y mejora del saneamiento de Gernika. Tramo Edar-Estación de Bombeo de la Vega (Término municipal de Gernika-Lumo)» presentó oferta, entre otras, la UTE formada por las empresas Hnos. Elortegi / Construcciones Ekin, S.L. / Construcciones Morga, S.L. / Geosa.

En atención al artículo 312 de la LCSP, la primera cuestión que debe dilucidarse es si Construcciones Ekin, S.L. y Construcciones Morga, S.L. tienen por sí solas legitimación para representar a la totalidad de las empresas de la UTE licitadora.

El artículo 48 de la LCSP regula en los siguientes términos las uniones temporales de empresarios que se constituyen temporalmente al efecto de contratar con el sector público:

1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.
2. Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados

en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

3. La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.

4. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurran en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en sus sentencia de 22 de junio de 2009 (RJ/2009/5865) ha tenido ocasión de examinar la impugnación por una UTE del acto de adjudicación de un contrato público.

Esta sentencia, en sus Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto aborda la jurisprudencia del Tribunal —en unos casos aceptando y en otros en contra— sobre las situaciones en que alguno de lo componente de una unión temporal de empresas impugna actuaciones administrativas.

Concretamente, en el punto 3. del Fundamento de Derecho Cuarto manifiesta que:

3. En las sentencias de 13 de mayo de 2008 (RJ 2008, 5040), dictada en el recurso de casación 1827/2006, y 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 4509), pronunciada en el recurso de casación 1826/2006, reiteramos el anterior criterio.

Ponen de relieve las sentencias del Tribunal Supremo, en su FJ 4º, que la demandante en instancia había insistido en que la referida agrupación empresarial, aunque no constituida aún como persona jurídica, sí constituye una comunidad de bienes, derechos e intereses, dada la cotitularidad que ostentan sus miembros sobre los derivados del hecho de la presentación al concurso; y que la jurisprudencia reconoce legitimación activa a cualquiera de los partícipes o comuneros, con la única consecuencia de que la sentencia dictada en su favor aprovecha a los demás, sin que les perjudique la adversa o contraria.

En el Fundamento de Derecho Sexto aborda en los siguientes términos la situación en la que uno de los componentes de la unión temporal expresamente se opone a la interposición de un recurso jurisdiccional:

De la situación fáctica reflejada en la sentencia de instancia, así como de la argumentación de la administración oponiéndose al recurso, queda patente que la otra empresa componente de la agrupación temporal renunció, anticipadamente, al ejercicio de cualquier acción judicial. Desistimiento que también realizó la persona física designada por todos los componentes de la asociación temporal de empresas para su representación en las actuaciones a llevar a cabo.

Por ello, debe aplicarse, mas «a sensu contrario» la doctrina plasmada en las sentencias de 13 de mayo (RJ 2008, 5042) y 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 4509) que expresan que tal actuación de los coparticipes es admisible cuando se realiza «sin oposición de los restantes». Y si aquí consta expresamente que uno de los componentes mostró su oposición clara a la interposición de cualquier recurso jurisdiccional es obvio que la Sala de instancia no ha quebrantado el conjunto de preceptos esgrimidos.

Y, por lo mismo, tampoco se ha conculcado la doctrina sobre los intereses legítimos ya que la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a los recurrentes ante la patente inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de sus integrantes.

En el caso que nos ocupa, no consta en el expediente ni en el informe emitido con motivo de la interposición del recurso, que los otros dos componentes de la UTE se hayan opuesto expresamente a la interposición del mismo. Por tanto no hay motivo alguno para negar legitimación a quienes interponen el recurso puesto que en el caso de una resolución favorable a sus intereses aprovecharía a la totalidad de los componentes de la UTE. Mientras que una resolución adversa no produciría perjuicio alguno para sus intereses.

1.2 PLAZO, FORMA Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN

1.2.1 Anuncio de interposición

Resolución 29/2012

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

1.2.2 Inicio del plazo de interposición si adjudicación

Resolución 104/2013

TERCERO: El artículo 44.2 del TRLCSP, acerca del plazo de presentación del recurso especial, señala que:

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

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

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

El uso del término «remisión» que utiliza el mencionado artículo es la traslación a la legislación nacional de una de las posibilidades previstas en la Directiva 2007/66/CE, que modifica las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. El criterio de la remisión de la notificación aparece expresamente recogido en el artículo 2 quáter de la citada Directiva. La razón de esta especialidad es la necesidad de hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el del plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos.

Se ha de señalar que ésta es la doctrina consolidada por todos los tribunales administrativos de contratación pública. Así, (por todas ellas) la Resolución 143/2013, de 10 de abril de 2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala textualmente:

Como hemos destacado en resoluciones anteriores (Resolución 100/2012, de 23 de abril, entre otras), el plazo para interponer recurso se inicia con la remisión de la notificación, no con su recepción, con objeto de hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el del plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos.

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

Resolución 126/2014

QUINTO: El poder adjudicador alega que el recurso no puede ser admitido por haberse interpuesto fuera del plazo establecido. Esta alegación debe ser aceptada. El artículo 44.2 TRLCSP establece, cuando el acto recurrido sea la adjudicación, un plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP, precepto

que la adjudicación impugnada cumple, así como también satisface el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en cuanto a los requisitos de las notificaciones administrativas.

Según consta en el expediente, la fecha de salida que figura en el sello del Registro General del Ayuntamiento es el 27 de octubre de 2014. Sin embargo, este Órgano entiende que la remisión que marca el inicio del cómputo solo se produce cuando la documentación ha iniciado su traslado efectivo hacia el destinatario; de otro modo, el plazo de interposición del recurso quedaría íntegramente en manos del poder adjudicador, que tendría en su mano, por un lado, iniciar el plazo dando de alta en el registro de salida el acto impugnado y por otro, demorar su entrega real retrasando las actuaciones necesarias para su envío efectivo, con el consiguiente perjuicio para el interesado, que vería así mermado el tiempo del que dispone para preparar el recurso. Por ello, la interpretación más consecuente con el efecto útil del recurso es considerar que la remisión se efectuó el 30 de octubre de 2014, fecha en la que, según el expediente, la documentación se encontraba ya en poder del operador postal que iba a ejecutar su proceso de entrega (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2010, asunto 406/08, apartados 25 y siguientes). Dado que la entrada del recurso en el Registro del OARC/KEAO se produjo el 19 de noviembre de 2014, su interposición es extemporánea (el último día del plazo fue el 18 de noviembre de 2014) y debe inadmitirse.

1.2.3 Inicio del plazo de interposición si pliegos

Resolución 123/2014

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP. En este sentido, debe rechazarse la alegación del poder adjudicador que pide la inadmisión del recurso por extemporáneo. Como se afirma, entre otras, en la Resolución 78/2012 del OARC/KEAO, si no consta en el expediente, como en este caso, que se remitieran los pliegos de manera expresa al recurrente ni que éste tuviera acceso a los mismos de modo electrónico en una fecha concreta, el plazo de interposición comienza el día hábil siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones (en este caso, el 7 de noviembre de 2014). Esta doctrina ha sido la seguida invariablemente por el OARC/KEAO (ver, por todas, las Resoluciones 11/2014 y 92/2014), y se ha visto confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 553/2013 de 28 de octubre de 2013, dictada a propósito de la Resolución 12/2012 del OARC/KEAO y que en su Fundamento de Derecho Segundo afirma:

El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación no comienza a correr, como interpreta la recurrente, en la fecha en que el interesado pudo conocer el contenido del pliego o documento objeto de esa impugnación porque tal solución ad casum no se compadece con las previsiones del artículo 314.2 en relación al artículo 142 de la Ley 30/1997 que no fijan el dies ad quem con referencia a tal eventualidad sino a la fecha en que ciertamente el pliego y los otros documentos contractuales son recibidos por el licitador o puestos a su disposición por medios electrónicos,

informáticos o telemáticos, de oficio o a solicitud del interesado presentada antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, y como en el presente caso no hay constancia de la comunicación de que aquellos documentos hubiesen sido recibidos o puestos a disposición del recurrente por alguno de los medios señalados el plazo de interposición no comenzó a correr sino desde el día siguiente hábil al de vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, según ha interpretado el Órgano competente.

En conclusión, no es la posibilidad de conocimiento del pliego recurrido sino la recepción o acceso del licitador a dicho documento por alguno de los medios previstos por la norma la que determina por elementales razones de seguridad jurídica el inicio del plazo de interposición del mencionado recurso.

1.2.4. Efectos de la notificación defectuosa

Resolución 17/2012

SÉPTIMO: Son varias las cuestiones que se plantean, si bien comenzaremos por la cuestión de índole procesal referida a si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

Como se ha señalado, el acto recurrido fue comunicado por correo electrónico el 3 de agosto de 2011, no constando en el expediente la fecha en la que se recibió tal notificación y el recurso fue interpuesto el 23 de agosto de 2011. Procede analizar si el recurso, tal y como alega el poder adjudicador, se ha interpuesto en plazo.

El artículo 314.2.b) LCSP dispone cual es el plazo de interposición del recurso frente a los actos de trámite cualificados y, a tal efecto, dispone:

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

(...) b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Del que se concluye que la notificación del acto de no admisión ha de tener el contenido del artículo 135.4 LCSP si bien el cómputo del plazo varía pues en estos casos se iniciará el día siguiente a aquél en el que se ha tenido conocimiento del mismo.

El artículo 135.4 LCSP, señala cual ha de ser el contenido de la adjudicación y de la notificación de la adjudicación y, por remisión expresa del artículo 314.2 LCSP, el acuerdo

de no admisión y su notificación han de tener el mismo contenido que el de adjudicación. Dice así el citado artículo 135.4 LCSP:

4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

- a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
- b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

Como se desprende de la notificación realizada y que se ha reproducido en el apartado cuarto de la parte expositiva de esta Resolución, ésta no contiene los extremos que requiere el artículo 135. 4 de la LCSP. Concretamente, no menciona las razones por las que se ha considerado insuficiente la justificación de la oferta temeraria.

Por otro lado, de conformidad con el apartado 2 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, las notificaciones deberán «contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».

Como se puede comprobar dicha notificación no contiene el texto íntegro del Acuerdo impugnado ni indica los recursos y el plazo para interponerlos, por lo que nos hallamos ante una notificación defectuosa.

La nulidad del acto de notificación da lugar a la no oponibilidad frente al destinatario de las consecuencias jurídicas que derivarían si la notificación fuese regular. En estos supuestos, en lo que respecta al cómputo de plazos de recurso, señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 179/2003 de 13 de octubre, que viene a reproducir la de la STC 158/2000; de 12 de junio, lo siguiente:

2 (...) Asimismo, constituye reiterada doctrina de este Tribunal que «el cómputo de los plazos procesales es cuestión de mera legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso, o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el ordenamiento jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el art. 24.1 CE» (SSTC

1/1989, de 16 de enero, FJ 3; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 220/1993, de 30 de junio, FJ 4; 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 191/1997, de 10 de noviembre, FJ único; 215/1997, de 27 de noviembre, FJ único; 89/1999, de 26 de mayo, FFJJ 3 y 4; y 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3, entre otras muchas).

3. Aplicando la doctrina general expuesta, debe subrayarse ahora que no corresponde a este Tribunal pronunciarse con carácter general sobre la interpretación de los preceptos que regulan los requisitos de las notificaciones de los actos administrativos (art. 58.2 LPC), ni los supuestos excepcionales en los que pueden surtir efecto las notificaciones defectuosamente practicadas (art. 58.3 LPC), ni, en relación con esto último, el cómputo de los plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones administrativas defectuosamente notificadas.

Sin embargo, la mayor intensidad del control que a través del recurso de amparo debe realizarse sobre las decisiones judiciales de inadmisión de una pretensión cuando está en juego el primer pronunciamiento jurisdiccional sobre ésta, llevó a este Tribunal en la STC 158/2000, de 12 de junio (en especial, FJ 6), en un caso de notificación defectuosa, a considerar que era contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tomar como dies a quo para el cómputo del plazo de interposición del recurso procedente el de la notificación, que una interpretación razonable y conforme con el art. 24.1 CE hubiera exigido la aplicación del art. 58.3 LPC, que «la notificación defectuosa sólo comenzó a surtir efectos al interponerse el correspondiente recurso administrativo» y que, en consecuencia, era irrazonable y desproporcionado considerar que el recurso contencioso-administrativo fuera extemporáneo.

Todo ello sobre la base de que el derecho a la tutela judicial efectiva «al proyectarse sobre los actos de la Administración integra más específicamente el “derecho de los administrados a que el Juez enjuicie los actos administrativos que les afectan (art. 24.1 CE), controlando la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), esto es, su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE)” lo que “constituye la culminación del sistema de derechos y garantías característico del Estado de Derecho” (STC 294/1994) (STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 7).

Por tanto, una vez comprobado en el expediente remitido que la notificación no reúne los requisitos establecidos y en consecuencia, cabe indicar que la misma es defectuosa, el plazo para la interposición del recurso ha comenzado a partir del momento en el que el operador económico recurrente ha interpuesto el recurso.

Resolución 76/2014

SEGUNDO: Respecto al plazo de interposición, UTE CESPAS-ASASER entiende que el recurso debe ser inadmitido por extemporáneo, ya que el acuerdo de adjudicación fue remitido el 4 de junio de 2014, y el recurso se interpuso el 24 de junio de 2014, superándose el plazo de quince días hábiles contados desde la remisión del acto impugnado que establece el artículo

44.2 TRLCSP. La veracidad de esta extemporaneidad está confirmada por la documentación aportada por UTE CESPAS-ASASER; sin embargo, analizada la notificación practicada, se observa que contiene una indicación de que la vía de recurso procedente es el recurso contencioso-administrativo o, con carácter potestativo y previo a dicho recurso, el recurso administrativo de reposición. Dicha indicación es errónea, ya que, como se ha expresado en el fundamento jurídico anterior, la vía de impugnación es el recurso contencioso-administrativo o, potestativamente y previamente a dicho recurso, el recurso especial en materia de contratación previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP. La notificación infringe el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma aplicable al procedimiento de recurso especial (artículo 46.1 TRLCSP), que establece que toda notificación deberá contener «el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente». Como señala la Resolución 97/2012 de este Órgano, en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina que sostiene que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular, debiéndose tener por temporánea y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (ver las sentencias del Tribunal Supremo de 12/3/75 y de 5/12/89).

1.2.5 Lugar de presentación

Resolución 124/2013

Asimismo, debe recordarse que el artículo 44.3 TRLCSP es claro cuando establece que «la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso», lo que excluye otras posibilidades alternativas, como las generalmente previstas en el artículo 38.4 b) de la LRJPAC.

Evidentemente, el recurrente puede optar por enviar el recurso a través de su presentación en otros registros diferentes a los del órgano de contratación o este órgano resolutorio, como lo ha realizado en esta ocasión, pero en lo que concierne al procedimiento de resolución del recurso, la fecha de presentación del recurso en registro diferente a los señalados en la normativa sectorial es irrelevante y no interrumpe su cómputo pues, por imperativo del artículo 44.3 del TRLCSP, la fecha que debe entenderse como de presentación del recurso es, en este supuesto, la de entrada en el libro registro del órgano de contratación. Por ello, el recurso presentado por Bus Alconada, S.L.U. (Recurso EB 2013/95) no puede ser admitido a trámite por presentarse fuera del plazo establecido.

1.3 ACTOS RECURRIBLES

1.3.1 No son actos recurribles

Resolución 5/2012

La clasificación por el órgano de contratación de las proposiciones presentadas tiene la virtualidad de establecer un orden de prioridad entre las proposiciones, de manera que la primera de ellas es calificada como económicamente más ventajosa, siendo su efecto inmediato el requerimiento de la documentación prevista en el punto 2. del artículo citado. Una vez cumplimentada la documentación, corresponde al órgano de contratación adjudicar el contrato, acto que a tenor del artículo 310.2 c) de la LCSP es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

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

Resolución 16/2013

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

Resolución 78/2013

CUARTO: El operador económico recurre contra el Acta de la Mesa de Contratación de 12 de junio de 2013 de apertura y evaluación de los sobres C y B correspondientes al Lote 3 del contrato y el Informe técnico de 10 de junio de 2013 en que se sustentan las puntuaciones obtenidas por los licitadores en los criterios evaluables mediante juicios de valor. El artículo 40.2 b) del TRLCSP establece que «podrán ser objeto de recurso especial los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores». En este caso, el acto de la

Mesa atribuyendo las puntuaciones correspondientes a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, amparado en un informe técnico, es un acto de trámite que no acuerda la exclusión del licitador recurrente ni está en ninguno de los otros supuestos contemplados en dicha norma, sino que es previo a la adjudicación del contrato por el órgano de contratación, que sí es un acto recurrible (artículo 40.2 c) del TRLCSP). Por todo ello, el recurso debe ser inadmitido por no impugnar un acto susceptible de recurso especial.

Resolución 88/2013

El acto recurrido es el acuerdo adoptado por la mesa de contratación en su reunión de 11 de julio de 2013 que admite la oferta presentada por Montte, S.L. Procede establecer, en primer lugar, si el acto objeto de recurso está incluido entre los que pueden serlo de conformidad con el artículo transcrito.

El acto recurrido por el recurrente constituye un acto de trámite, pero no determinante de la imposibilidad de continuar el procedimiento para el recurrente. En este sentido, existe una constante y pacífica doctrina (véanse, por ejemplo, las resoluciones del TACRC núms. 59, 68 y 238, todas ellas del año 2011) de la que se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y en el artículo 40.2 b) del TRLCSP, no serían recurribles. Ello significa, según dicha doctrina, que «(...) en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquellos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión. La justificación de esto es clara. El licitador que hubiera resultado excluido del procedimiento por el acto de trámite, quedaría privado de la posibilidad de defensa de su derecho o interés legítimo pues carecería de legitimación para recurrir el acto resolutorio del mismo. Precisamente para evitar esta posibilidad establece el legislador en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, primero y en la ley de Contratos del Sector Público con posterioridad la posibilidad de impugnación del acto de trámite que le perjudique. Sin embargo, esta misma razón excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues, con independencia de que la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión».

Resolución 17/2014

El informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor es un acto de trámite que no acuerda la exclusión del licitador recurrente ni está en ninguno de los otros supuestos contemplados en la citada norma, sino que es previo a la adjudicación del contrato por el órgano de contratación, que sí es un acto recurrible (artículo 40.2 c) del TRLCSP). Por todo ello, el recurso debe ser inadmitido por no impugnar un acto susceptible de recurso

especial. A igual conclusión se llegaría de considerarse que el acto impugnado es el acuerdo de la Mesa de contratación atribuyendo las puntuaciones correspondientes a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, amparado en un informe técnico, pues en este sentido, el de considerarlo acto de trámite, se ha manifestado este órgano resolutorio en su Resolución 78/2013, de 14 de agosto de 2013.

Resolución 66/2014

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

Resolución 114/2014

(...) También debe rechazarse la solicitud de reiniciar la licitación por causa del incumplimiento de los pliegos por parte de las demás ofertas que sí fueron aceptadas; la admisión de las proposiciones de los competidores en la licitación es un acto de trámite no susceptible de recurso especial porque no impide al recurrente continuar en el procedimiento, como pide el artículo 40.2 b) TRLCSP. No obstante, la adjudicación a una oferta incorrectamente admitida puede ser impugnada por ese motivo por cualquier otro licitador legitimado (ver, por ejemplo, la Resolución 238/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

1.3.2 Son actos recurribles

Resolución 119/2014

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

prevé que «en aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación».

La sentencia del TJUE de fecha 18 de junio de 2002, dictada en el asunto C-92/00, viene a concluir que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios exige que el acuerdo de la entidad adjudicadora por el que se cancela una licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos internos al referido Derecho.

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

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

Resolución 20/2014

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

y, en el mismo sentido, la Resolución 88/2013 del OARC/KEAO).

1.4 CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL

1.4.1 Contrato de explotación del servicio de cafetería

Resolución 87/2013

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

- a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

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

Descartada por esos dos motivos la calificación de contrato de servicios, ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy debatida la naturaleza de los contratos análogos al ahora analizado, si bien actualmente parece ser mayoritaria la opción de considerarlos dentro de la categoría de contratos administrativos especiales (artículo 19.1 b) del TRLCSP) cuando son adjudicados, como en este caso, por una Administración Pública, por considerarse que su objeto está vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante (ver, por ejemplo, el informe 25/12, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). No

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

1.4.2 Servicios de distribución de bebidas y alimentos mediante máquinas expendedoras

Resolución 16/2014

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

Descartada por esos dos motivos la calificación de contrato de servicios, ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy debatida la naturaleza de los contratos análogos al ahora analizado, si bien actualmente parece asentarse la opción de considerarlos dentro de la categoría de contratos administrativos especiales (artículo 19.1 b) del TRLCSP) cuando son adjudicados,

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

1.4.3. Contrato de limpieza viaria calificado inicialmente como de administrativo especial

Resolución 76/2014

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

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

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

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

QUINTO: El contrato es susceptible de ser impugnado por la vía del recurso especial. No obstante, conviene aclarar que dicha impugnabilidad no se basa en que se trate de un contrato de gestión de servicio público (denominación que los pliegos dan al contrato) con un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a cinco años (artículo 40.1 c) TRLCSP). Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC/KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). En este sentido, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquella cuyo objeto comprende «(...) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (...)». En esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer para que

gestione un servicio de su propia competencia sin que medie transferencia del riesgo. La ausencia de dicha transferencia y el hecho de que la remuneración proceda íntegramente del poder adjudicador son precisamente las características que permiten descartar que el contrato impugnado sea un contrato de gestión de servicio público, como pretende la denominación contenida en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2014 del OARC/KEAO, el Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el informe 23/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10).

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

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

- El Pliego tiene por objeto la contratación de la explotación del Estadio de Anoeta con su remodelación; contempla, por tanto, la redacción del proyecto, la ejecución de las obras de reforma y ampliación y la posterior explotación de las instalaciones, así como la reforma del mini estadio de atletismo, obra considerada necesaria para el desarrollo de la remodelación del Estadio (cláusula 1ª).
- Durante la vigencia del contrato, el adjudicatario deberá (cláusula 1ª):
 - Explotar las actividades del Estadio, sin término ni limitación, salvo las que establece el propio pliego; se incluyen tanto los derechos de explotación económica como los derechos de uso (cláusula 27ª).
 - Prestar y desarrollar las actividades asumiendo el riesgo económico de la explotación y admitir la utilización por todo usuario en las condiciones establecidas y mediante el abono de las contraprestaciones económicas correspondientes.
 - Adecuar, remodelar y modernizar las instalaciones existentes, ejecutando y pagando las obras objeto del contrato, respondiendo de su correcta ejecución.
 - Conservar y mantener todas las instalaciones nuevas y aquéllas ya existentes que tras la remodelación permanezcan.
- El contrato tiene un plazo de duración prevista de 50 años, contados a partir de la fecha de formalización, aceptándose propuestas de duración inferior con un mínimo de 40 años (cláusula 5ª).
- El adjudicatario, además de asumir la financiación de la totalidad de las obras descritas en el pliego y los gastos de mantenimiento y explotación de las instalaciones, deberá abonar un canon por la explotación y uso de las instalaciones (cláusula 6ª).

- El adjudicatario podrá hipotecar, con ciertas condiciones, el derecho real de uso (cláusula 37ª, apartado 2).
- AK entregará al adjudicatario 10.000.000 euros para la financiación de la obra, procedentes del Gobierno Vasco, según un convenio que se formalizará entre dicha Administración y el poder adjudicador (cláusula 2ª, apartado 2, y cláusula 22ª, apartado 3).
- El valor estimado del contrato asciende a 47.801.065 euros (cláusula 6ª, apartado 1).

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

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

contratista vaya a realizar para la elaboración de los proyectos y la ejecución de las obras supone un esfuerzo económico que espera inferior al rendimiento que habrá de obtener mediante la explotación del Estadio contra pago de un canon.

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

1.5 OTRAS CUESTIONES PROCESALES

1.5.1. Características de un escrito para su consideración como recurso

Resolución 59/2013

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

1.5.2. Solicitud de inadmisión del recurso basada en la

falta de aptitud del recurrente

Resolución 43/2014

La empresa Telefónica, planteada a modo de excepción procesal, que la recurrente carece de legitimación porque debió haber sido excluida de la licitación por carecer de la clasificación exigible, e infringir las normas del PCAP sobre subcontratación. Este motivo de impugnación debe ser desestimado sin que el OARC/KEAO deba entrar a juzgar si la admisión de la oferta del recurrente fue o no correcta. De acuerdo con el artículo 42 TRLCSP, «podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso». Es evidente que las empresas participantes en la licitación están perjudicadas o afectadas por una adjudicación a un tercero, y que la estimación del recurso podría determinar que, finalmente, la adjudicación les beneficiara. En el supuesto analizado, es igualmente claro que el recurrente tiene la condición de licitador, por lo que no cabe dudar de su legitimación. No es aceptable en este procedimiento de recurso la alegación de Telefónica en el sentido de considerar que dicha condición, y por lo tanto la legitimación para recurrir, se adquirió ilegalmente porque el recurrente debió ser excluido. Si este Órgano determinara en el presente procedimiento la inadmisión de la oferta del recurrente tal decisión estaría afectada por un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la impugnación, lo que está prohibido por el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (la llamada «reformatio in peius»). Debe tenerse en cuenta que, tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvencción del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvencción, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil. La alegación analizada es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada aunque se disfraze de cuestión procesal, pues en realidad hace referencia a un tema de fondo que, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento. Finalmente, hay que recordar que ni siquiera en el recurso especial puede impugnarse el acto de admisión de un licitador (ver, por ejemplo, la resolución 238/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 88/2013 del OARC/KEAO) y que la posición sostenida por este Órgano no implica en absoluto indefensión para la empresa que formula la alegación, pues la supuesta incorrección de la aceptación de la oferta de un licitador sí puede ser alegada, en su caso, con motivo del recurso especial contra un acto impugnabile, como, por ejemplo, una hipotética adjudicación de la que éste licitador pudiera ser beneficiario (ver la Resolución 34/2014 del OARC/KEAO). A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 19/6/2003,

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

1.5.3. Carácter preclusivo del recurso

Resolución 112/2014

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

Teniendo en cuenta lo anterior, el actual recurso debe considerarse extemporáneo y no puede ser admitido a trámite.

2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1 IGUALDAD DE TRATO

Resolución 24/2013

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

Las normas precitadas establecen la obligación de que las prescripciones técnicas del contrato definan las sus características técnicas, de forma que permitan a todos los licitadores el acceso en condiciones de igualdad. La información que al margen de las prescripciones técnicas pueden y deben ofrecer los poderes adjudicadores tendrá por finalidad aclarar dudas y mejorar su comprensión de forma que permitan el acceso a la información de los pliegos en las condiciones más óptimas posibles, pero en ningún caso pueden completar carencias que se evidencian en su contenido o definir y detallar aspectos del objeto del contrato que presumen esenciales para su ejecución, pues ello devendría en ventaja para los licitadores que poseen información por circunstancias ajenas a las prescripciones técnicas. A este respecto, debe observarse que el PPT contiene notables carencias sobre las características de las UGCs que son el destino final de los elementos y equipos objeto del contrato, de manera que no hay una definición clara del número de UGCs —aunque se deduce que son 5— y de las características propias e intrínsecas de cada uno de ellos, más si cabe teniendo en cuenta que la complejidad de la prestación hace que ésta no se limite a la entrega e instalación de materiales y equipos, sino que es el propio adjudicatario quien

debe elaborar un plan de instalación que abarque todos los condicionantes del apartado 3 del PPT, a los que habría que añadir los previstos en el apartado 3 «Alcance de suministro» del Anexo III donde se establecen como obligaciones del adjudicatario «(...) la instalación y la adaptación de espacios, acabados, y en general todos los trabajos, tanto de obra civil como de instalaciones de todo tipo (fontanería, eléctrica, gases, saneamiento, iluminación, seguridad, ventilación, extracciones, etc.); así como elementos auxiliares y de cualquier tipo necesarios para la instalación del equipamiento, equipos, etc. precisos para la prestación de los Servicios incluidos en presente concurso», sin que tales aspectos de cada UGC queden definidos en el PPT.

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

Resolución 56/2013

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

El principio de igualdad alegado exige, entre otras cosas, que el órgano de contratación dé el mismo tratamiento a todos los licitadores y que, de haber diferencias de trato, estén debidamente justificadas en razones objetivas y no discriminatorias. En el presente procedimiento la exigencia de que los licitadores ofrezcan productos compatibles con los equipos del Hospital o de que, en caso de que no lo sean, aporten los equipos necesarios, está formulada en términos generales y abstractos y vincula a todos los posibles licitadores, por lo que no se observa, desde ese punto de vista, desigualdad alguna. El hecho de que la empresa que en su día facilitó los equipos que usa el Hospital (u otras empresas que, en su caso, pudieran aportar suministros compatibles) vaya a tener potencialmente menores costes en su oferta no es una infracción del principio de igualdad. Éste obliga a una configuración del objeto contractual que no favorezca arbitrariamente a unas empresas sobre otras, a establecer criterios de solvencia y adjudicación no discriminatorios y a aplicar con igualdad las reglas del procedimiento, pero no a que el órgano de contratación compense en el procedimiento desigualdades de la posición en el mercado de las distintas empresas, especialmente cuando tal compensación supondría un perjuicio a los intereses de la Administración. En el presente caso, es posible que la empresa que cedió los actuales equipos tenga, a la hora de presentar su oferta, ventajas derivadas del hecho de que sus suministros son compatibles, pero tal situación no ha sido provocada o buscada por el órgano de contratación, ni se deriva de una exigencia caprichosa de los Pliegos. La situación de las empresas potencialmente licitadoras es diferente también en otros aspectos que les pueden aportar ventajas o desventajas comparativas (política salarial, eficiencia de sus técnicas de producción, cercanía geográfica al órgano de contratación, titularidad de ciertas patentes o

exclusivas comerciales, etc.), y tampoco debe la Administración contratante compensarlas. La aplicación del principio de igualdad tal y como lo quiere entender el recurrente pasaría por sacar conjuntamente a licitación, «ex novo», la adquisición del suministro y de los equipos correspondientes, haciendo tabla rasa de la utilidad de los equipos de los que actualmente dispone el Hospital, lo que, como bien explica el informe del órgano de contratación, sería una conducta contraria al uso eficiente de los recursos públicos y a criterios técnicos perfectamente legítimos si se produce sin la obtención a cambio de otras ventajas clínicas o económicas. La configuración del objeto contractual es, por todo ello, ajustada a Derecho; sólo podría ser de otra forma si tal configuración se hubiera diseñado con la intención directa de beneficiar o perjudicar a una o varias empresas y sin responder a motivos atendibles desde el punto de vista del interés público, lo que en ningún caso se ha acreditado.

Resolución 91/2014

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

2.2 PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Resolución 31/2013

El principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice el respeto de aquél (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002

[TJCE 2002, 202], HI, C-92/00, apartado 45, y Universale-Bau y otros [TJCE 2002, 369], C-470/99, apartado 91).

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

2.4 LIBRE COMPETENCIA

Resolución 42/2013

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

Pliego de Cláusulas Técnicas de Instalación en régimen de arrendamiento, con opción de compra

Pto. 4.3 Estudio de los Centros de Mando

(...)

Dictamen: La regulación máxima a 170 no tiene sentido, contraviene las recomendaciones técnicas y tampoco se ajusta a los modelos comerciales existentes, **excepto un caso que es el aportado en la prueba pericial de parte**. Si las lámparas son VSAP, la tensión mínima que se podría exigir sería de 180 V, siempre que se justifique alimentaciones a 220V (harto difícil y aisladamente, ya que la tensión de suministro normalizada por reglamento actual de baja tensión son 230 c.a.) y 187 V como valor general: Coincido

por tanto en la mayor parte de lo indicado en el informe pericial de parte.

(...)

Pto. 5.1 Centro de Mando

(...)

2. Sobre las medidas de los modelos 1 y 2

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

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

3. Sobre exigir armarios de poliéster reforzado

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

Pto. 5.2 Equipo estabilizador-reductor de flujo

Precisión mejor del 0,5%

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

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

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

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

(...)

Intensidad máxima admisible de 8 a 107 A

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

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

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

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

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

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

Pto. 5.2.2 Módulo de Control

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

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

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

VALORACIÓN FINAL DEL DOCUMENTO.

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

Este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi ha de llegar a la conclusión de que en el Pliego de prescripciones técnicas del contrato de arrendamiento con opción de compra de los equipos reguladores de flujo para alumbrado público en Vitoria-Gasteiz se han introducido un conjunto de restricciones que crean trabas a la apertura del contrato a la competencia. Conviene recordar que, como ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público, como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos, para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre competencia. Esto aparece consagrado en nuestro TRLCSP, de modo expreso, en los artículos 1 y 139 y tiene su origen en las diferentes Directivas comunitaria, en el contrato que nos atañe en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo, siendo innegable pues que la necesidad de respetar el principio de la libre competencia y, por ende, el de la no discriminación es consustancial a la normativa de contratos del sector público.

Resolución 19/2014

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

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

Por todo ello, el motivo de impugnación consistente en la falta de acreditación, por parte de las empresas licitantes mencionadas, de la solvencia técnica mínima debe ser aceptado, lo que obliga a la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la infracción, esto es, el informe técnico de 12 de Septiembre de 2013 en el que se informaba «Revisada la documentación, se concluye que todas las empresas acreditan la solvencia técnica y financiera y consideramos que son plenamente solventes, técnica y profesionalmente para la ejecución de la obra objeto de este concurso» para que emitiéndose un nuevo informe técnico se proceda a excluir del procedimiento de contratación a las empresas que no cuentan con la solvencia técnica exigida, es decir Saitim S.L., Levitec Sistemas S.L. e Ingelec Rioja S.L., procediendo después a continuarlo sin más variación que la que pueda resultar del resto de motivos del recurso, para concluirlo conforme a derecho.

Otra cosa resulta la afirmación de que esas empresas no buscan lealmente la adjudicación del contrato, basada únicamente en la escasa cuantía de la baja ofertada por dichos licitadores,

en torno a un 1%, y la sospecha de concertación entre competidores, aportando como otro fundamento el hecho de que no hayan modificado el precio de adquisición de los equipos arrendados que figura en los Pliegos cuando dicho importe no es criterio de adjudicación, por ser esta una cuestión que excede de la resolución de este recurso especial y estar encomendada a los órganos llamados a velar por la competencia.

2.5 OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA

Resolución 109/2014

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

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

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

Resolución 98/2013

El criterio «económico», que ha sido reproducido en el Fundamento de Derecho Quinto, otorga de 2,5 puntos por cada 1% de descuento respecto del presupuesto máximo de licitación con un límite de 50 puntos, de forma que siendo conocido el presupuesto máximo se puede fácilmente deducir el umbral de precio por debajo del cual no se obtendrán más de 50 puntos. Antes de cualquier otra cosa, debe manifestarse que una fórmula en la que todos sus parámetros son conocidos o pueden ser deducidos de su simple lectura, de tal manera que puede saberse de antemano la cantidad que se debe ofertar para obtener todos los puntos, con independencia del contenido de las demás ofertas, queda desvirtuada para su uso como criterio de adjudicación, pues pierde su virtualidad para diferenciar unas proposiciones de otras. Por otro lado, se trata de una fórmula que infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa establecido en el artículo 1 TRLCSP, pues no puntúa las rebajas del presupuesto de licitación superiores al 20%, cuando es evidente que dichas

rebajas suponen una ventaja económica mayor para el poder adjudicador, así como los de competencia y eficiente utilización de los fondos públicos señalados en el mismo precepto, pues se desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar ofertas más competitivas, que saben que no obtendrán recompensa por su esfuerzo.

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

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

3. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN

3.1. OPERADORES ECONÓMICOS

3.1.1 Concepto

Resolución 27/2012

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

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

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

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

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

42. Así pues, tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, o si está o no subvencionada con fondos públicos. La capacidad efectiva de dicha entidad para cumplir los requisitos establecidos en el anuncio de licitación se aprecia, como señala acertadamente el Gobierno checo, en una fase ulterior del procedimiento, con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 44 a 52 de la Directiva 2004/18.

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

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

3.1.2 Entidades sin ánimo de lucro

Resolución 98/2014

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

lugar a desigualdades entre las empresas con repercusión en el procedimiento (ver, por ejemplo, el artículo 152.3 TRLCSP). En suma, la alegación sobre la imposibilidad de que las entidades sin ánimo de lucro sean invitadas a la licitación debe desestimarse.

3.1.3 Operadores económicos subvencionados

Resolución 45/2012

En lo referente a la alegación del operador económico recurrente de que no puede fundamentarse dicha baja en el disfrute previo de ayudas o subvenciones públicas, cabe citar los fundamentos jurídicos 27 y 32 de la Sentencia de 7 de diciembre de 2000 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) Caso ARGE Gewässerschutz contra und Fortswirtschaft. (asunto C-94/99) (TJCE 2000\314):

27. Pues bien, a este respecto procede subrayar que los artículos 23 y 29 a 37 de la Directiva 92/50 contienen disposiciones precisas sobre los requisitos de selección de los prestadores de servicios que pueden presentar una oferta y sobre los criterios de adjudicación del contrato, pero ninguna de dichas disposiciones prevé que un licitador deba excluirse o su oferta deba rechazarse por principio por el mero hecho de recibir subvenciones públicas.

(...)

32. Por lo tanto, basta con responder a la primera cuestión que el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la Directiva 92/50 no se viola por el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones.

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

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

3.2 PROHIBICIONES DE CONTRATAR

3.2.1 No son ampliables por los pliegos

Resolución 49/2012

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

3.3 CLASIFICACIÓN

3.3.1 Exigencia de clasificación no procedente

Resolución 75/2013

SÉPTIMO: El TRLCSP en su artículo 62.1 prevé que el requisito de estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica puede ser sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible. Según el artículo 65.1 del propio cuerpo normativo, «para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II». El contenido de este artículo debe completarse con lo dispuesto por la Disposición Transitoria Cuarta, del TRLCSP, sobre «Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas», que establece que «el apartado 1 del artículo 65, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas». El

párrafo primero del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) señala que «para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3, (...), será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación (...)». En desarrollo del mismo, el artículo 37 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en vigor en tanto en cuanto no se oponga al TRLCSP, concreta los grupos y subgrupos de clasificación en los contratos de servicios.

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

3.4 SOLVENCIA

3.4.1 Vinculada al objeto

Resolución 109/2014

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

3.4.2 Medios de acreditación

Resolución 45/2012

En cuanto a los medios para acreditar la solvencia, vienen regulados en los artículos 64 a 68 de la citada LCSP, debiendo el órgano de contratación determinar los que exigirá para el contrato que licite pero siempre entre los recogidos en dichos artículos. Así lo dispone el artículo 63 cuando en su apartado primero señala que «1. La solvencia económica y

financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68».

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

3.4.3 Vinculación a un contrato concreto

Resolución 85/2014

La solvencia es el conjunto de condiciones técnicas, financieras, económicas y profesionales que deben concurrir en una empresa para que se considere que es capaz de ejecutar con garantías las prestaciones propias de un contrato. No hay, por lo tanto, empresas solventes en abstracto, sino empresas solventes en relación a un concreto contrato. Es por ello que el legislador comunitario especifica en el artículo 44.2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, que los umbrales de solvencia exigibles deben ser proporcionados al objeto del contrato, pues está pensando en que el órgano de contratación determine en cada caso el nivel de solvencia mínimo necesario para participar en el procedimiento de adjudicación de cada contrato.

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

3.4.4 Proporcionalidad

Resolución 133/2014

La exigencia de una cantidad mínima diaria de 1.000 menús para la acreditación del solvencia técnica, no puede venir impuesta por las características especiales de la población a la que va dirigida ni por el hecho de que se deba prestar el servicio 365 días al año. Aun

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

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

En segundo lugar, el recurrente considera desproporcionado que la experiencia a acreditar se ciña a centros gerontológicos o instituciones de carácter social o sanitario. De igual forma, debe insistirse en que el hecho de que la prestación del servicio tenga por destinatarios a personas tan sensibles como nuestros mayores no es óbice para que se descarte la experiencia en otro tipo de servicios que también se prestan en colectivos sensibles como pueden los centros escolares con casuística diversa como celíacos, personas alérgicas, etc., por no hablar de dietas pobres o ricas en determinados elementos, según las condiciones de los destinatarios. En este sentido, tampoco es motivo suficiente que el contrato incluya otro tipo de servicios de asesoramiento en la adquisición y gestión de materias y productos alimenticios, en la elaboración de menús y dietas especiales o en el manipulado y cocinado de alimentos, su distribución, etc., puesto que se trata de prestaciones relacionados con la dietética y la nutrición en los que la solvencia se acredita por medios distintos al número de menús diarios para colectivos específicos de destinatarios.

Resolución 47/2013

Respecto a los requisitos mínimos exigidos para el presente contrato, no puede decirse que sean desproporcionados en relación con el objeto del contrato o que no estén vinculados a él. Por el contrario, el criterio elegido es suficientemente amplio, ya que se puede cumplir acreditando una única actividad, de forma alternativa (es decir, no se pide experiencia en todas las prestaciones contractuales, sirviendo indiferentemente un proyecto o una dirección), con referencia a importes inferiores a los del contrato al que se licita y valiendo tanto las actuaciones realizadas como las que están en fase de ejecución. Como bien se deduce de las alegaciones del órgano de contratación, la solicitud del recurrente de que sean suficientes para licitar la titulación y la simple colegiación equivale a exigir que no se solicite solvencia alguna, ya que tales requisitos se refieren a la habilitación profesional,

cuestión distinta de la solvencia y previa a ella (artículo 54.2 del TRLCSP). Tal pretensión no puede ser aceptada, puesto que la posibilidad de exigir una solvencia mínima es, como ya se ha dicho, una garantía del éxito en la ejecución de la prestación contratada plenamente conforme con la legislación contractual y que trata de asegurar el interés público. Es cierto que puede impedir el acceso de ciertos profesionales o empresas a la licitación, pero es que, precisamente, ésta es la finalidad que tiene marcar un umbral mínimo de solvencia a los interesados en la adjudicación. El problema de legalidad existiría únicamente si los requisitos de solvencia fueran contrarios al TRLCSP por ser desproporcionados, discriminatorios o no vinculados al objeto contractual, lo que no sucede en el caso analizado.

3.4.5 No discriminación

Resolución 35/2013

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

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

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

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

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

El requisito de solvencia establecida en el PCAP podría ser válida si los servicios objeto de contratación fuesen de tal naturaleza que únicamente pudieran ser tenidos en cuenta los prestados a televisiones públicas. No obstante, al ser el objeto principal del contrato la comercialización de la publicidad de las organizaciones y empresas que forman parte del Grupo EITB resulta injustificado solicitar experiencia únicamente con televisiones públicas

pues no se aprecia por este órgano resolutorio, ni se justifica por el poder adjudicador, la diferencia entre el sector público y el sector privado en la provisión del servicio de comunicación audiovisual más allá de los fines institucionales de interés público a los que ha de servir dicha provisión pública que, en todo caso, nada tienen que ver con el objeto del contrato que se trata de un servicio de comercialización.

En conclusión, debe sostenerse que la exigencia de acreditación de la prestación de un servicio de iguales características únicamente en otra/s televisión/es de carácter público excede de la previsión del artículo 78 a) del TRLCSP, que admite una declaración sobre el conjunto de servicios prestados por el licitador en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, sin que puedan discriminarse actividades en función del carácter público o privado del destinatario de los servicios prestados.

3.4.6 Arraigo territorial

Resolución 27/2014

El órgano de contratación en su informe parte de la premisa cierta de que el Director del equipo que elabore el PGOU de Amorebieta-Etxano deberá conocer las normas de la CAPV en materia de urbanismo y medioambiente, y eleva esta condición a requisito de solvencia en la fase de selección cualitativa. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el hecho de que para acreditar ese conocimiento y, en definitiva, la solvencia de las empresas licitadoras sea necesario haber realizado trabajos de planeamiento en exclusiva en municipios de la CAPV. La diversidad normativa ligada a la Comunidad Autónoma o incluso al municipio sobre el que se actúa es una característica consustancial al derecho urbanístico y la exigencia de una experiencia específica ligada a ella podría, por reducción al absurdo del argumento del órgano de contratación, llegar incluso al ámbito municipal e imposibilitaría de hecho el libre acceso a las licitaciones en esta actividad administrativa. El órgano de contratación no prueba cuáles son las características básicas de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo y de las bases para la ordenación territorial que se establecen desde las Directrices de Ordenación del Territorio y de los Planes Territoriales Parciales, que contienen elementos diferenciadores respecto de las normas de otras comunidades que conviertan su conocimiento en un requisito ineludible que condiciona la acreditación de los requisitos de solvencia técnica e impide el acceso a la licitación de empresas que sí pueden acreditar experiencia en la elaboración de trabajos de planificación relacionados con el objeto del contrato pero en ámbitos territoriales distintos. Por otro lado, la mínima diligencia profesional exigible al adjudicatario —que no al licitador— en la ejecución del contrato comprenderá que éste se informe adecuadamente y aplique en consecuencia el contexto jurídico que le condiciona. En consecuencia, no quedan justificadas las razones imperiosas de interés general en la elección del criterio, que no es el único medio adecuado para garantizar la realización del objetivo del contrato y sí va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, porque discrimina y restringe el libre acceso a la licitación del contrato.

3.4.7 No puede referirse a la prestación

Resolución 121/2013

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

3.4.8 Fijación de un umbral

Resolución 121/2013

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

3.4.9 Titulaciones académicas

Resolución 9/2013

Hecha la introducción, ya en orden a dilucidar la problemática de la reserva legal, se ha de reseñar el artículo 78 de la Ley 12/2008 dedicado a la Formación y cualificación profesionales, en su apartado 3, establece que el Gobierno Vasco determinará las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las actividades profesionales necesarias para la aplicación del Catálogo de Prestaciones y Servicios, cualificaciones que no se han desarrollado, pero que habrán de interpretarse sobre la base de los principios que contempla el artículo 7 de la Ley 12/2008, que en su apartado g) dispone:

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

En consecuencia, se ha de rubricar que no existe la reserva legal pregonada por el recurrente en su recurso a favor de la titulación académica oficial de Educación Social sino que, por

el contrario, se dispone el carácter interdisciplinar de las intervenciones, de forma que la intervención socioeducativa podría ser desplegada por la Diplomatura en Educación Social, como también por una Titulación Universitaria en Trabajo Social, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía o cualquier otra afín o similar.

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

3.4.10 El compromiso de adscripción de medios

Resolución 25/2013

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

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

3.4.11 Mención en el anuncio

Resolución 44/2014

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

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

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

3.4.12 Trabajos similares

Resolución 96/2014

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

«Así las cosas, ha de compartirse el criterio del órgano de contratación, pues no cabe duda de que la cuantía o el importe es un elemento de primer orden a fin de apreciar la semejanza entre contratos distintos, por lo menos en cuanto concierne a los sometidos a la legislación de contratos públicos. Sirva, como ejemplo, el hecho de que el valor estimado de los contratos (su importe, al fin y al cabo) es el que delimita, junto con otros extremos, la categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 13-16 TRLCSP), configura los llamados «contratos menores» (artículo 138 TRLCSP)

o, en fin, permite acudir al procedimiento negociado (artículos 171.d, 172.b, 173.f TRLCSP).

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

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

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

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

3.4.13 Certificados de calidad y clasificación

Resolución 24/2011

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

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

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la interpretación correcta de los apartados 1 y 3 del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas únicamente puede conducir a la conclusión de que, en los casos en que sea exigible la clasificación, el órgano de contratación no puede exigir a los licitadores otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, porque precisamente la clasificación sustituye a estas justificaciones.

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

Los artículos 69 y 70 de la LCSP son una transcripción de los artículos 49 y 50 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Ambos artículos se encuadran en la Sección 2, Capítulo VII, del Título II (Criterios de selección cualitativa) de la Directiva y regulan la presentación de certificados de garantía de calidad y gestión medioambiental como requisito de capacidad técnica y profesional.

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

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

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

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

pruebas de medida equivalentes.

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

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

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

3.4.14 Solvencia y condición de ejecución

Resolución 18/2014

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

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

(...) Asimismo para la correcta prestación de los servicios de UMT's objeto de la contratación en el presente lote, la empresa que resulte adjudicataria deberá dotar a los equipos, además de con **UN (1) vehículo**, con la siguiente **dotación de equipamiento técnico**:

(...) j. Unidad móvil homologada por industria e ITV de UM de TV

Según estas cláusulas la disponibilidad real y efectiva del vehículo homologado por industria e ITV será exigible al adjudicatario, no al licitador. Así, el cumplimiento de este requisito será

necesario para la ejecución del contrato pero no para licitar al mismo. Además, hay que tener en cuenta que los licitadores han presentado el compromiso de adscribir los medios humanos y técnicos necesarios para la ejecución del contrato y su incumplimiento puede ser causa de resolución del contrato o puede dar lugar a la imposición de sanciones a tenor de lo dispuesto en la cláusula 21.1 del PCJ. Téngase en cuenta que, además, este Órgano resolutorio puede ser cauce de revisión de los actos preparatorios del contrato y de su adjudicación pero carece de competencia en lo que respecta a los actos derivados de la ejecución del contrato.

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

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

3.6 HABILITACIÓN PROFESIONAL

3.6.1 Diferencia con la solvencia

Resolución 99/2014

DÉCIMO: El artículo 54.2 del TRLCSP dispone que los empresarios, además de tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en una prohibición para contratar y acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos así exigidos por la Ley, encontrarse debidamente clasificados, deben contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

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

dichos medios.

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

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

3.6.2 Subsumida en el certificado de clasificación

Resolución 98/2014

DECIMOTERCERO: Por lo que se refiere a la supuesta falta de autorización administrativa de DYA y CRE para realizar la actividad objeto del contrato, este Órgano entiende que, resultando acreditada la clasificación de ambos en el Grupo R, Subgrupo 02, Categoría D (Traslado de enfermos por cualquier medio de transporte), ha de considerarse que las citadas entidades cuentan con la habilitación necesaria. En este sentido, el artículo 67.2 TRLCSP establece que, para proceder a la clasificación será necesario que el empresario acredite que se encuentra legalmente habilitado para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación o inscripción u otros semejantes que puedan ser necesarios (ver la Resolución 218/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Llegados a este punto, no corresponde a este Órgano juzgar la validez del certificado de clasificación, ni es precisa más valoración sobre la suficiencia de la habilitación de las entidades adjudicatarias, la cual debió efectuarse en el marco del procedimiento de clasificación.

3.6.3 No susceptible de integrarse con medios externos

Resolución 99/2014

Es cierto que el artículo 63 del TRLCSP contempla la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos pero, como se ha indicado anteriormente, el requisito solicitado no es

de solvencia sino una habilitación profesional, y conforme al artículo 54.2 del TRLCSP este último requisito lo debe acreditar el empresario licitador. Nada obsta a que una agrupación de interés económico contrate con el sector público pero tendrá que acreditar en cada caso los requisitos exigidos en el procedimiento de adjudicación en el que desee participar (en este sentido se expresa, aunque referido a la clasificación como contratista, la Resolución 68/2011 del TACRC).

3.7 OBJETO SOCIAL

3.7.1 Interpretación amplia

Resolución 27/2012

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

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

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

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

En este mismo orden, parece procedente citar aquí el Informe 4/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias cuya conclusión es que:

Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios, sin que sea necesaria la coincidencia literal de los términos en que estén descritas las actividades que integran el objeto social y las prestaciones que integran el objeto del contrato.

3.7.2 Prestaciones accesorias

Resolución 85/2014

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

3.8 UNIONES TEMPORALES DE EMPRESARIOS

3.8.1 Solvencia de la UTE

Resolución 71/2012

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

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

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

Por otro lado, tal y como señala el poder adjudicador en su informe de fecha 8 de junio de 2012, la conclusión cuarta del Informe 8/2009, de 15 de junio de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía es de aplicación al recurso planteado y favorable a la fórmula de acreditación de la solvencia de las UTEs empleada por el poder adjudicador pues concluye que, de no exigirse clasificación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá concretarse la forma de acreditar la solvencia, bien exigiéndose que cada uno de los integrantes de la unión temporal deba acreditar en su totalidad la solvencia exigida o bien que dicha acreditación se haga mediante la acumulación de la que posea cada profesional, habiendo optado en este supuesto el poder adjudicador por solicitar en el PCAP la acreditación de la solvencia técnica o profesional a cada uno de los componentes de la UTE.

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

3.8.2 Única fórmula de licitación solidaria

Resolución 64/2014

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

4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

4.1 PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

4.1.1 Elección del procedimiento de adjudicación

Resolución 2/2012

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

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

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

Ambas sentencias terminan señalando que:

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

Finaliza en este punto el informe manifestando que:

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

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

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

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

4.1.2 Contratación conjunta de proyecto y obra

Resolución 80/2012

La cuestión estriba en determinar si la complejidad del proyecto en cuanto a la sonoridad del centro a construir, es de tal orden técnico que de manera necesaria vincula al constructor de la obra con la redacción del proyecto, de forma que únicamente el constructor que ejecute la obra venga obligado a redactar el proyecto de ejecución.

La respuesta no puede ser sino negativa, ya que no se aprecia esa necesaria vinculación entre el empresario y el proyecto que hagan de este contrato una excepción a la regla general de que la redacción de proyecto debe realizarse de forma previa y separada de la contratación de las obras. La complejidad de orden técnico que presentan la acústica del local y su destino no son diferentes a las de otros edificios, alguno ciertamente muy cercano al del objeto del contrato, destinados a actividades donde el sonido cobra especial relevancia, como pueden ser auditorios u otros locales de ocio en los que la calidad del sonido y la insonorización resultan ser uno de los núcleos centrales del proyecto, que quien los redacta debe resolver, sin que por ello sea preciso que se rompa el orden lógico de que el proyecto se redacte de manera previa y separada. Es de sobremano conocido que en estos casos los redactores de los proyectos acuden a la colaboración con empresas

especializadas, de más o menos prestigio dependiendo de la envergadura del proyecto, al igual que se realiza con otro tipo de instalaciones técnicas. Por tanto, no cabe admitir motivos de excepcionalidad basados en la sonoridad del centro que se pretende construir.

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

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

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

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

4.1.3 Procedimiento restringido

Resolución 109/2014

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

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

4.1.4 Concurso de proyectos

Resolución 63/2013

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

1. Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la

arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado.

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

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

El artículo 10 define el contrato de servicios como aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, señalando a continuación que a los efectos de aplicación del TRLCSP los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II de la citada norma. En dicho anexo, la categoría 12 se refiere a «servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajística. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos», definición que comprende, entre otras, el listado de servicios que figuran con los números de referencia CPV (Reglamento (CE) 213/2008, de 28 de noviembre) 71242000-6 (Elaboración de proyectos y diseños, presupuestos), 71243000-3 (Anteproyectos (sistemas e integración)), 71244000-0 (Cálculo de costes, seguimiento de costes), 71245000-7 (Proyectos presentados para aprobación, planos de ejecución y especificaciones), 71246000-4 (Determinación y listado de cantidades necesarias para la construcción), 71247000-1 (Supervisión del trabajo de construcción), de lo que cabe concluir que cuando lo que se pretende es la obtención de un resultado consistente en un proyecto de obra el contrato ha de ser calificado de servicios. Cabe preguntarse si cuando el objeto del contrato de servicios es la redacción de un proyecto de obra el único procedimiento para adquirir planos o proyectos es el del concurso de proyectos. Las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos se ubican en el título dedicado a la adjudicación de los contratos, específicamente en el capítulo dedicado a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. El TRLCSP le dedica la sección 6ª, precedida de las secciones dedicadas al procedimiento abierto (sección 2ª), al procedimiento restringido (sección 3ª), el procedimiento negociado (sección 4ª) y al diálogo competitivo (sección 5ª), como si se tratara de uno de los procedimientos de adjudicación de los contratos. No obstante, no puede considerarse que estas normas se refieran a un procedimiento de adjudicación, por dos razones; la primera, porque los procedimientos de adjudicación son los señalados en el artículo 28 de la Directiva 2004/18/CEE y en el artículo 138.2 del TRLCSP, esto es: el abierto, el restringido, el negociado y el diálogo competitivo, y, en segundo lugar, porque el artículo 174.d) del TRLCSP dispone que los contratos de servicios podrán adjudicarse por procedimiento negociado «cuando el contrato sea la consecuencia de un concurso y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores, se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones».

Implícitamente el TRLCSP está reconociendo que los contratos de servicios cuyo objeto

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

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

4.1.5 Diálogo competitivo

Resolución 121/2013

DÉCIMO: Se discute por el recurso la adecuación de tramitar el procedimiento de adjudicación mediante el diálogo competitivo. Según el artículo 138.2 TRLCSP, y a diferencia de lo que sucede con los procedimientos abierto y restringido, que son de aplicación general porque su utilización no está condicionada a la existencia de ciertos requisitos y son por ello denominados «ordinarios», el diálogo competitivo (como sucede con el procedimiento negociado) puede emplearse únicamente en ciertos casos, los previstos en el artículo 180 TRLCSP. Este precepto establece que «el diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato»; en concreto, «se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 117, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto». Asimismo, debe recordarse que el artículo 109.4 TRLCSP establece que «en el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento», requisito cuyo cumplimiento es útil para que este Órgano pueda verificar si se cumplen los requisitos legales que autorizan el uso del diálogo competitivo.

La memoria de 10 de septiembre de 2013, suscrita por el Director Económico-Financiero del Hospital, justifica el procedimiento elegido «en virtud de lo establecido en el Documento Descriptivo donde se recogen las necesidades, los objetivos y las finalidades del Hospital Galdakao-Usansolo en cuanto a la Gestión del Archivo de Historias Clínicas y dado que nos es imposible definir los medios técnicos aptos para satisfacerlas, en términos de rendimiento y/o exigencias funcionales por tratarse de un contrato particularmente complejo donde la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores se hace fundamental, se propone al Órgano de Contratación la tramitación del procedimiento mediante el Diálogo Competitivo establecido en los Artículos 179 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público». Esta motivación es genérica y se limita a reproducir la normativa aplicable sin señalar cuáles son las razones que, en el caso concreto, aconsejan acudir al procedimiento de diálogo competitivo, por lo que será necesario acudir al documento descriptivo, al que se remite la memoria. El citado documento tampoco incluye un apartado para manifestar expresamente dichas razones y, a juicio de este Órgano, de su contenido no se deduce que el contrato tenga un objeto particularmente complejo que justifique su adjudicación mediante el diálogo competitivo, como se expondrá a continuación.

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

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

al presupuesto del contrato) y no haya referencia diferenciada a los precios derivados de la implantación del citado proyecto; contradicción que impide conocer si el producto final entregable son las prestaciones susceptibles de precio unitario o el sistema nuevo ya implantado, o ambas.

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

4.1.6 Procedimiento negociado por imperiosa urgencia

Resolución 106/2014

OCTAVO: El artículo 170 e) TRLCSP establece que se podrá utilizar el procedimiento negociado sin publicidad «cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 112». Como en el caso de los demás preceptos que autorizan acudir al procedimiento negociado, la interpretación de esta norma debe ser estricta, evitando que su contenido termine aplicándose a supuestos no claramente comprendidos en ella. Además, la concurrencia de los requisitos necesarios debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda aplicar este procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, asunto C-385/02, de 14/9/2004, apartado 19, y las que en ella se citan). En razón de su excepcionalidad y de la consideración de los procedimientos abiertos y restringidos como ordinarios (artículo 138.2 TRLCSP), deberá acreditarse que la satisfacción del interés público no podía satisfacerse por otro medio menos lesivo para los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. Finalmente, la magnitud de la lesión a dichos principios que el procedimiento negociado sin publicidad supone, y que solo en casos tasados el TRLCSP permite, debe ser proporcionada al interés público que se quiere atender y no extender la excepcionalidad más allá de lo necesario para salvaguardar dicho interés (ver la sentencia del TJUE de 14/6/2007, asunto C-6/05, apartados 60 y siguientes).

A la vista de todo ello, se observa que en el expediente se acredita, mediante los informes del interventor y el secretario municipal, así como del propio PMD, la existencia de necesidades inaplazables que requieren una pronta respuesta (comienzo inminente, el 29 de septiembre de 2014, de las campañas deportivas dirigidas a la población, cuya interrupción afecta a miles de usuarios y decenas de trabajadores) incompatible con los plazos de los procedimientos ordinarios, incluso aunque el expediente se declare urgente. El motivo imprevisto alegado (un recurso que paraliza la adjudicación) no es imputable al poder adjudicador, pues su interposición depende de la voluntad de un tercero y su efecto suspensivo viene legalmente impuesto con carácter automático, siendo su levantamiento potestad únicamente de este OARC/KEAO; por el contrario, la actuación del órgano de contratación ha sido particularmente diligente, pues el procedimiento negociado se inicia a la vista del anuncio de recurso, lo que

demuestra que se ha procurado disminuir al máximo el impacto negativo de la suspensión en la continuidad del servicio. Asimismo, el uso del procedimiento negociado es proporcionado al interés público invocado, pues la duración del contrato no se prolongará más allá del tiempo necesario para resolver el recurso o acordar el levantamiento del procedimiento, y en ningún caso más de seis meses.

4.1.7 Proceso de negociación

Resolución 11/2014

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

En el procedimiento analizado el PMD ha solicitado a las empresas invitadas que mejoraran sus ofertas iniciales a la vista de todas las proposiciones presentadas. Esta actuación estaba prevista en el apartado III.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y de su cumplimiento hay constancia en el expediente (por ejemplo, en la página 64). A juicio de este Órgano, todo ello indica que se ha satisfecho suficientemente el trámite de la negociación. Hay que recordar que el procedimiento negociado se caracteriza por su flexibilidad, por lo que no es necesario que se documente en un acta específica o que consista precisamente en una cadena de propuestas y contrapropuestas. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse.

4.3 MESA DE CONTRATACIÓN

4.3.1. Intervención preceptiva del Comité: consecuencias de la omisión

Resolución 100/2014

Debe concluirse, entonces, que la exigencia de participación de un comité de expertos u organismo técnico especializado en la valoración es aplicable al caso analizado. Como se deduce del expediente y reconocen las partes, es igualmente claro que no ha intervenido ningún comité de valoración. También es evidente, pese a lo que alega el poder adjudicador,

que no ha habido intervención de un organismo técnico especializado, pues no puede tener esta condición una persona adscrita como técnico a la Dirección de Sistemas de Información, responsable del programa al que se adscribe el contrato y por lo tanto «órgano proponente del contrato» (ver el informe 34/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

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

4.3.2 Concepto de órgano proponente del contrato

Resolución 120/2014

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

4.3.3 Constitución de la mesa

Resolución 67/2013

UNDÉCIMO: El último motivo de impugnación es la defectuosa constitución de la CCC, mesa de contratación que ha tramitado el procedimiento recurrido. Se estima por la empresa

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

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

No obstante, se observa que el puesto de Presidente no está desempeñado por la persona ocupante de alguno de los cargos a los que se refiere el artículo 10 a) del Decreto 136/1996, tanto en primera instancia (Directora de Patrimonio y Contratación) como en los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal (responsable del servicio o responsable de la Secretaría Técnica de la Dirección). Esta composición de la mesa supone, a juicio de este órgano resolutorio, una causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 (acto dictado prescindiendo total y absolutamente de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados), al que se remite el 32 a) del TRLCSP. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 15/3/1991, RJ/1991/2518), tienen ese carácter esencial, entre otras, «las reglas que determinan la composición del órgano colegiado, tales como las que se refieren a su Presidente, Secretarios y Vocales, tanto en su número como calidad y circunstancias de los mismos; estando ello en relación con lo referente a la nominación individual de las personas físicas que asisten con tal carácter a las sesiones de que se trate». En el presente caso se ha infringido el artículo 10 a) del Decreto 136/1996, al constituirse el órgano ejerciendo la función de Presidente una persona que no puede desempeñar dicho cargo. La infracción es especialmente significativa si se tiene en cuenta que la exigencia de que el Presidente de la CCC debe ser el titular de la Dirección de Patrimonio y Contratación o funcionario dependiente de él es consecuente con la adscripción de este órgano colegiado a la citada Dirección (artículo 8 del Decreto 136/1996). Debe tenerse en cuenta que la CCC es una mesa independiente del órgano de contratación y vinculada al departamento de Hacienda y Finanzas, cuyo ámbito de actuación es la tramitación de procedimientos de adjudicación especialmente relevantes, principalmente en razón de su cuantía. Se trata de un régimen que refuerza la objetividad en los expedientes en los que la CCC interviene y que se desvirtúa si finalmente la Presidencia la ocupa un funcionario nombrado por el órgano de contratación. En este sentido, la Exposición de Motivos del Decreto 136/1996 señala que la intervención de la Dirección de Patrimonio y Contratación mediante la CCC (desnaturalizada si dicha Dirección no ostenta la presidencia) es una «importante garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte en un determinado procedimiento de contratación», rotunda expresión que despeja cualquier duda sobre el carácter esencial de la infracción analizada.

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

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

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

4.4. COMITÉ DE EXPERTOS

4.4.1. Aplicación de las normas de los órganos colegiados al comité de expertos

Resolución 64/2014

Tal y como está configurado en el artículo 150.2 del TRLCSP y en los artículos 28, 29 y 30 del Real Decreto 817/2009, cuando a los criterios de valoración que dependen de un juicio de valor se les atribuya una ponderación superior que a los criterios evaluables de forma automática, debe constituirse un comité de expertos al que corresponderá la evaluación de las ofertas. En estos casos, el comité de expertos realiza las funciones de la Mesa de contratación en la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor. A esta conclusión se llega de la lectura del Informe 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, cuando afirma que: «El comité de expertos es un órgano que actúa en los procedimientos abiertos o restringidos en los que se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. En estos casos debe constituirse obligatoriamente un comité de expertos al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas en la parte cuya cuantificación no resulte de la simple aplicación de fórmulas matemáticas, de tal forma que en estos procedimientos actúan dos órganos en la fase de valoración de ofertas, en primer lugar el comité de expertos valorando la parte sujeta a criterios de valor y posteriormente la mesa de contratación valorando los criterios

automáticos. Es importante resaltar que la valoración que realice el comité de expertos es vinculante para la mesa de contratación».

Aun cuando los artículos citados no lo señalan, el comité de expertos cuando sustituye a la Mesa de contratación en la valoración de criterios que exigen la realización de un juicio de valor debe adecuar su actuación a la de un órgano colegiado, pues esa categoría se deduce de su composición y funciones.

En el expediente objeto de recurso, además del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de agosto de 2014 que nombra los miembros del comité de expertos, sólo hay una referencia a su actuación en el informe técnico de 25 de septiembre de 2013, que está firmado únicamente por dos de los tres miembros del comité.

El informe, que se divide en dos partes, en la primera valora la propuesta técnica sobre descripción de los servicios, criterios de programación, proactividad y difusión; mientras que en la segunda parte se valora la prueba práctica sobre cine, teatro—sonido y teatro—iluminación. El informe en sus conclusiones establece la puntuación obtenida por los licitadores en los diferentes aspectos.

Como el resto de órganos colegiados, las decisiones que adopte el comité de expertos se caracterizan por dos notas como son que los aspectos planteados se observan desde la singularidad de cada uno de sus miembros, y que es necesario un determinado procedimiento para la formación de la voluntad colegiada.

Del contenido del informe no puede deducirse cuantas veces se ha reunido la comité, si en las reuniones han tomado parte todos sus miembros, tampoco se detalla su método de funcionamiento y cuál ha sido el reparto del trabajo, ni, lo que es más importante, la expresión de la voluntad individual de sus componentes, circunstancias que debieran estar recogidas en actas o, cuando menos, en el propio informe. Por el contrario, del informe parece deducirse que en la toma de decisiones no han intervenido la totalidad de sus miembros, como lo acredita que el informe venga firmado únicamente por dos de sus miembros, situación que persiste a pesar del requerimiento efectuado por la Mesa de contratación de firma del informe por los tres componentes. Hecho este que pone en duda la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Por tanto, cabe plantearse si el comité de expertos ha seguido los trámites esenciales para la formación de su voluntad como órgano colegiado, cuando menos en el aspecto de su composición y funcionamiento, que según el apartado 14 de PCAP debe estar «(...) formado al menos por tres miembros, que evaluarán las ofertas técnicas del sobre B, así como el desarrollo de la valoración práctica, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en este Pliego (...)».

Del contenido del expediente resulta manifiesto que no se acredita que la comisión en su funcionamiento haya tenido en cuenta mínimamente las reglas que se establecen en el artículo 26 de la Ley 30/92, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) en cuanto en cuanto a convocatoria, quórum y deliberaciones; por el contrario, que el informe esté firmado por sólo dos de sus miembros, a pesar del requerimiento de subsanación de la omisión efectuada por la Mesa de contratación, evidencian la ausencia de una formación completa de la voluntad del órgano colegiado.

Esta actitud puede obedecer a la pura y simple omisión del requerimiento, o puede ser

consecuencia de que el miembro ausente pudiera no haber sido convocado o, aun siéndolo, no estar de acuerdo con el procedimiento o los resultados que se reflejan en el informe, o por cualquier otra razón que es imposible escrutar de la documentación disponible.

Como ha quedado dicho, la voluntad del órgano colegiado es consecuencia de la previa elaboración de la voluntad de cada uno de sus componentes en relación con la materia sobre la que han de manifestarse. Voluntad que en este caso ha podido quedar viciada porque del expediente se deduce que uno de sus miembros fue ajeno a las decisiones adoptadas en el seno del comité de expertos.

Por tanto, puede concluirse que ha habido una infracción de las normas procedimentales y de formación de la voluntad del órgano colegiado, por lo que deben examinarse sus consecuencias.

Los artículos 32 y 33 del TRLCSP establecen, respectivamente, las causas de nulidad y anulabilidad de derecho administrativo de los contratos, que, a su vez, se remiten a los artículos 62 y 63 de la LRJPAC. A la vista de los dos preceptos de la LRJPAC citados, podemos encontrarnos ante tres situaciones distintas. Así, si el defecto observado no determina que el acto carezca de los requisitos formales indispensable para alcanzar su fin, ni da lugar a la indefensión de los interesados (artículo 63.2 LRJPAC) nos encontramos ante una irregularidad no invalidante; pero si provoca estas consecuencias estaremos ante un acto anulable (artículo 63.1 LRJPAC); finalmente, si el acto se dicta prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (artículo 62.1 e) LRJPAC) la consecuencia será su nulidad de pleno derecho.

El artículo 62.1 e) de la LRJPAC no precisa cuáles son las reglas esenciales establecidas para que los órganos colegiados adopten sus decisiones. A este respecto, la jurisprudencia viene afirmando que para que se dé tal supuesto no es preciso que se prescinda de la totalidad de las reglas, ni suficiente que se prescinda de alguna de ellas. De modo que la nulidad se producirá cuando la regla prescindida tenga carácter esencial, estimándose, en principio que tienen dicha consideración las que regulan la convocatoria, el quórum de asistencias, la deliberación y votación.

Puede decirse, sin temor alguno, que en el desarrollo de la actividad del comité de expertos se han obviado varias de las reglas esenciales de la formación de su voluntad, fundamentalmente el quórum, la deliberación y votación para la toma de decisiones, con lo que la conclusión no puede ser otra que su voluntad manifestada en el informe de 25 de septiembre de 2013 es nulo de pleno derecho por infracción del 32. a) del TRLCSP en relación con el artículo 62.1 e) de la LRJPAC.

5. PLIEGOS DEL CONTRATO

5.2. INTERPRETACIÓN

Resolución 35/2012

En estas circunstancias, no puede resultar extraño que el operador económico recurrente haya incluido catálogos u otra información en el sobre C de su oferta y en las muestras remitidas a las organizaciones, y que la documentación entregada en dicho sobre contengan datos sobre el «Volumen de sangre como muestra», puesto que el contenido del PPT y de la carátula del PCAP han podido inducirle a ello. Si entre la documentación del sobre C no debían figurar datos relacionados con los criterios basados en fórmulas, se debió indicar expresamente que datos concretos tenían que omitirse, sin que sea suficiente la expresión de la consecuencia del proceder erróneo, esto es: el rechazo de la oferta presentada por el licitador.

Abundando en este juicio, resulta significativo que de las cuatro empresas que fueron admitidas tras el examen de la documentación de capacidad de obras y solvencia, tres de ellas hayan sido excluidas por incluir (...) en el sobre C «Criterios basados en Juicios de valor» información relativa al Volumen de sangre como muestra.

El PCAP y el PPT devienen normas del contrato en tanto en cuanto no han sido recurridos. El artículo 3 del Código Civil establece que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras. Mientras que el artículo 1.288 del propio cuerpo normativo prevé que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

En este caso, no puede desconocerse que es la propia Osakidetza la que con una redacción poco clara del punto 31.1. de la carátula del PCAP y de los puntos 5 y 18 del PBT ha podido ser el origen y la causa de que se introdujeran en el sobre C aspectos de la oferta concernientes al sobre B.

Resolución 14/2013

OCTAVO: De lo recogido en los apartados anteriores se aprecia que subyace en el fundamento del recurso, por parte de la empresa recurrente, una interpretación del contenido de los documentos contractuales que difiere de la que refleja el informe de valoración de las ofertas. En consecuencia, toda vez que la cuestión a resolver se ciñe a una interpretación del contenido de los documentos contractuales, se ha de destacar que sobre la interpretación de los contratos, en general y sobre los contratos públicos en particular, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones (entre otras, STS de 8 de julio de 2009 y de 13 de mayo de 1982).

En la interpretación de los pliegos del contrato es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil y el principio que abre la interpretación contractual es la búsqueda de la voluntad real de las partes. En ese sentido, impone siempre una indagación de la voluntad, y si los términos de un contrato fueran claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, obliga a estar al sentido literal de sus cláusulas (artículo 1.285 Código Civil). Es por ello, por lo que el intérprete ha de empezar por obtener el significado que resulta de las palabras, de forma que si las palabras son claras, no hace falta continuar con la interpretación, no hará falta interpretar lo que ya está claro (*in claris non fit interpretatio*).

Pero en ocasiones, la interpretación literal no basta, será necesario entonces, según el Código Civil, interpretar las cláusulas con la interpretación lógica. Para ello, habrá que atender a los actos coetáneos y los posteriores al contrato y atender al contexto hermenéutico de la totalidad, como así lo recoge el propio artículo 1.285 del Código Civil que dispone que «las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas». El contexto sería el conjunto de cláusulas que resultan aplicables, no bastando para realizar cumplidamente la función interpretativa analizar solamente los elementos gramaticales y lógicos.

Llegados a ese grado en la interpretación, si alguna de las cláusulas de los contratos atendiere a diversos sentidos, debe estarse al más favorable para que produzca efectos. Se recoge así una manifestación del principio favorable a la conservación del negocio antes que a su nulidad, de forma que entre un sentido que conduce a privar de eficacia a una cláusula y otro que la hace eficaz debe primar este último (art. 1.284 del Código Civil). Debiéndose tener en cuenta, que el Código Civil también recoge que la interpretación de las cláusulas oscuras no debe desfavorecer a la parte que no hubiere ocasionado la oscuridad (artículo 1.288 del Código Civil) y la voluntad dudosa debe interpretarse en el sentido de la conservación del negocio.

Resolución 113/2014

De todo lo anterior se deduce que el contenido de los pliegos impugnados es conforme a derecho y que el recurso debe desestimarse. Sin embargo, este Órgano entiende que los pliegos hubieran sido mucho más claros si no hubieran utilizado el término «lote integrador», que es en sí mismo contradictorio, pues un lote precisamente sirve para fraccionar el objeto de un contrato, y no para integrarlo. No le falta cierta razón al recurrente cuando apunta el absurdo de que la suma de los tres lotes en los que se divide el contrato sea mayor que el

todo dividido. La solución a la aparente paradoja radica en entender que el lote 3 no es un verdadero lote, en el sentido que esta palabra tiene en el artículo 86.3 TRLCSP, sino una manera de autorizar la licitación integrada de varios lotes. Por ello, hubiera sido preferible que los pliegos señalaran que el contrato se divide en dos lotes, cabiendo la posibilidad de presentar una oferta integradora de ambos. No obstante esta observación de técnica jurídica, una sencilla lectura global de los pliegos, efectuada con la diligencia propia de una empresa interesada en un contrato tan complejo, deja claro que ésta era la verdadera intención del poder adjudicador, por lo que no cabe alegar oscuridad en el contenido de la documentación contractual.

5.3 PRECIO Y PRESUPUESTO

5.3.1 Concepto de valor estimado

Resolución 61/2014

Dado que no se discute la naturaleza de servicios del contrato, la viabilidad del recurso especial y, consecuentemente, la competencia de este Órgano, radica en determinar cuál es el valor estimado del contrato. Si resulta ser superior a 207.000 euros, se trataría de un contrato incluido en el ámbito del recurso especial porque ello implicaría que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada (artículo 16.1 b) TRLCSP). Hay que recordar que el valor estimado se fija por referencia al «importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación».

En el presente contrato, si bien no hay una contraprestación pecuniaria (es decir, expresada en unidades monetarias) que deba abonar el poder adjudicador, el punto 12 de la carátula del PCAP, significativamente titulado «forma de pago», establece que «teniendo en cuenta que el aceite vegetal usado es un residuo económicamente rentable y como compensación por el servicio prestado, el adjudicatario recibirá la totalidad del aceite vegetal usado». La jurisprudencia comunitaria ha declarado que, para el cómputo del valor estimado, debe tomarse en consideración el valor global del contrato desde el punto de vista de la importancia económica que representa para el potencial licitador, en el que claramente debe incluirse, en este caso, el valor de los aceites usados, por ser una retribución (aunque no sea monetaria) de la prestación contractual. Lo contrario podría llevar al absurdo de que los contratos en los que se prevé el pago en especie no estarían sujetos a regulación armonizada o al recurso especial, por grande que fuera su importancia económica real. Esta interpretación debe ser descartada por ser contraria al espíritu y finalidad del mismo concepto de «valor estimado», que consiste fundamentalmente en medir el interés económico de un contrato para determinar en consecuencia sus requisitos de publicidad (ver la sentencia del TJ de 18 de enero de 2007, asunto «Auroux», C-220/05).

Una vez aclarado que en el cálculo del valor estimado del contrato se incluye la entrega del aceite usado como contraprestación, debe determinarse cuál es el importe económico aproximado que corresponde a dicha entrega, es decir, la rentabilidad que el contratista

puede obtener mediante su comercialización «para cualquier finalidad reglada y autorizada por la normativa vigente, preferentemente para la fabricación de biocombustible». Ni los Pliegos ni ningún otro documento contractual contiene el dato que otorgue un valor económico por cantidad de aceite (céntimos por kilogramo de aceite, p.ej.) y tampoco se establece un cálculo de la cantidad de aceite que puede recogerse durante la vigencia máxima del contrato (6 años). Independientemente del reproche que ello merece, por la falta de transparencia que supone, al ocultarse a los operadores económicos un dato trascendental para la elaboración de su oferta, esta omisión obliga a este Órgano a recurrir a métodos indirectos para calcular el valor estimado del contrato. Según datos obtenidos en la página web de la Viceconsejería de Medio Ambiente (Gobierno Vasco)⁴, la generación de residuos de aceite vegetal (urbanos) en Álava en 2012 ascendió a 855 toneladas para 320.266 habitantes, lo que daría para los 239.949 habitantes de Vitoria-Gasteiz un total de 640 toneladas anuales. Teniendo en cuenta que se estima que en Araba se recicla el 95% del aceite, eso daría unas 608 toneladas de aceite al año, cantidad que habría que multiplicar por 6, periodo máximo de vigencia del contrato, incluidas las prórrogas (artículo 88.1 TRLCSP), de donde resulta que la adjudicataria del contrato podría llegar a recoger y gestionar un total de 3.648 toneladas. Para que esa cantidad de aceite supere el importe de 207.000 euros sin IVA (34.500 euros anuales, 2.875 euros mensuales), umbral que convertiría el contrato en sujeto a regulación armonizada y por lo tanto incluido en el ámbito del recurso especial, el precio por kilogramo debiera superar, aproximadamente, los 6 céntimos (concretamente, 0,0567 euros). Este Órgano conoce al menos un contrato con objeto similar en el que ese precio se estima en 26 céntimos⁵, por lo que parece que, razonablemente, se puede entender que se supera el citado umbral. Por otro lado, el coste de las prestaciones que el adjudicatario debe asumir (adquisición e instalación de contenedores, adquisición y entrega de depósitos adecuados para la recogida de aceite, recogida del aceite en los dos garbigunes, entrega y recogida de depósitos específicos en los eventos en los que lo solicite el poder adjudicador, recogida, transporte, almacenamiento y entrega a un gestor autorizado de todo el aceite, correcta gestión de los residuos, limpieza, conservación, traslado, reubicación y mantenimiento integral de depósitos y contenedores, publicitación del servicio...) parece claramente superior a los 207.000 euros sin IVA, y dado que no es racional pensar que el contrato se ha configurado para que el contratista pierda dinero, la anterior conclusión se ve reforzada.

5.3.2 Precio

Resolución 64/2013

OCTAVO: El artículo 87.1 TRLCSP establece que «(...) los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados». El argumento alegado por el recurrente es que la Administración sólo ha tenido en cuenta para el cálculo del presupuesto de licitación el importe de la mano de obra según las retribuciones fijadas en el Convenio Colectivo aplicable, y no otros costes que inciden sobre el servicio, ni tampoco el beneficio industrial. Aunque un reiteradísimo criterio de los órganos consultivos y de resolución de recursos contractuales

(por todos, el informe 34/2001 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la Resolución 21/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), señala que el órgano de contratación debe considerarse ajeno a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tenido en cuenta para formular su proposición económica, y en concreto a los efectos del convenio colectivo aplicable al personal que ejecute el contrato, no es menos cierto que las retribuciones de dicho convenio deben ser tenidas en cuenta, junto con los demás costes implicados, para valorar la adecuación al precio de mercado (informe 4/2011, de la Junta Consultiva de las Islas Baleares).

No obstante lo anterior, el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato. No basta, pues, con alegar que el presupuesto de licitación empeora las condiciones económicas de los licitadores respecto de las que disfrutaba el antiguo prestador del servicio, pues es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta. En este sentido, el órgano de contratación ha realizado una extensa exposición de las razones que llevan a considerar que el precio de salida del contrato garantiza una concurrencia adecuada (como así ha sido efectivamente, pues se han presentado ofertas de cinco empresas, una de ellas, la recurrente) y una ejecución correcta del contrato. Del análisis de estos razonamientos se deduce que la Administración cuenta con que es muy posible que el adjudicatario deba realizar ajustes salariales y organizativos y eliminar actuales ineficiencias estructurales del servicio, así como renunciar a parte del beneficio que podía inicialmente esperar, pero todo ello entra dentro de la legítima intención de promover que las ofertas que se reciban sean más competitivas en precio y condiciones y no supone infringir el principio de adecuación al precio de mercado; por el contrario, la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar, no conformándose con las actuales condiciones de la prestación. En cualquier caso, una vez comprobado que el presupuesto inicial no contiene ningún error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide, y dado que el recurso no ha acreditado suficientemente la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, no hay razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración, por lo que este motivo de impugnación debe rechazarse.

Resolución 123/2014

Llama la atención que el órgano de contratación haya decidido no solo no valorar el precio de estos servicios como criterio de adjudicación, sino que ni siquiera haya establecido un importe unitario máximo para ellos. La consecuencia es que el precio señalado por el

adjudicatario pasa a ser el precio del contrato sea cual sea la cantidad que éste haya fijado en su oferta. Esta anómala configuración de la prestación es contraria al principio de eficiencia y a los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto (artículo 1 TRLCSP), a la determinación de la idoneidad del objeto contractual (artículo 22 TRLCSP) y al artículo 68.1 b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, 12 de octubre, que exige que el PPT incluya el «precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar». Esta cuestión no ha sido claramente introducida en la pretensión del recurrente, referida únicamente a la relevancia de la inserción de la documentación en uno u otro sobre, por lo que, en virtud del principio de congruencia (artículo 47.2 TRLCSP), no le corresponde a este Órgano decidir sobre su validez. No obstante, esta irregularidad debiera corregirse en los Pliegos que, en su caso, vayan a regir la nueva licitación.

5.3.3 Revisión de precios

Resolución 98/2013

UNDÉCIMO: Critica la inexistente concreción de la fórmula de revisión de precios del apartado 4.4. de la carátula del PCAP, al que considera contrario al artículo 89.3 del TRLCSP. El HUC afirma que la revisión de precios no está prevista como tal para la ejecución del contrato inicial y que únicamente cabe en el caso de su prórroga si las partes llegan a un acuerdo en cuanto a la duración y el precio. Además afirma que únicamente en el caso de estar prevista la revisión durante la ejecución del contrato inicial debería estar referenciada a una determinada fórmula o índice.

El artículo 89.3 del TRLCSP contempla que «el pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable». El apartado 4.4. de la carátula del PCAP, sobre revisión de precios, prevé que «tan solo procederá en caso de prórroga, previo acuerdo de las partes».

Debe otorgarse la razón al recurrente en su apreciación. La fórmula de revisión de precios es tan inconcreta que ni existe. Cuando se prevé la revisión de precios, el artículo 89.3 exige que las fórmulas se detallen en el PCAP, sin que quepa excepción alguna. No puede admitirse el argumento de que la revisión de precios únicamente está prevista para la prórroga del contrato si las partes llegan a un acuerdo en cuanto a la duración y el precio. El artículo citado permite la revisión de precios a lo largo de la vida del contrato y de sus eventuales prórrogas, siempre que se den los requisitos que se indican en sus párrafos 1 y 2, y bajo ningún concepto puede interpretarse que las fórmulas únicamente deben detallarse cuando se prevé la revisión en el período inicial de ejecución, como entiende el HUC, y menos aún se permiten revisiones de precios diferidas a un acuerdo posterior en cuanto a la duración y el precio.

Debe apreciarse, por tanto, la nulidad del apartado 4.4 de la carátula del PCAP, sobre «revisión de precios».

5.3.4 Crédito reservado para la financiación del contrato

Resolución 67/2014

DÉCIMO: Una vez descartada la posibilidad de que la documentación contractual ampare la exclusión de la recurrente, debe analizarse ahora si dicha exclusión puede fundamentarse, como señala el informe interventor en: «el vicio de nulidad de pleno derecho que supondría disponer gasto por encima de los límites autorizados en los respectivos acuerdos relativos a la aprobación del convenio de tramitación única de la contratación y por ende, de autorización del gasto por las cantidades fijadas como tipo de licitación para los mismos con cargo sus respectivos Presupuestos». La respuesta es igualmente negativa. Las reglas que rigen la licitación (incluidos los supuestos de exclusión de las ofertas) y que son vinculantes para el poder adjudicador y los licitadores son las que figuran en la legislación contractual y en los pliegos correspondientes, y no las que componen la normativa presupuestaria; mucho menos puede aceptarse que pueda perjudicarse a un licitador con base en reservas de crédito u otros actos de ejecución presupuestaria que no forman parte de la documentación contractual. Naturalmente, eso no quiere decir que la Administración no deba sujetarse a la legalidad presupuestaria en todos los expedientes de gasto, incluidos los procedimientos de contratación. Sin embargo, es el expediente de gasto el que debe adaptarse a las condiciones de la licitación y a las vicisitudes del procedimiento de adjudicación (retrasos en el procedimiento que conllevan reprogramación de los créditos plurianuales, p.ej.) y no al revés. Es cierto que las Administraciones no pueden adjudicar el contrato sin cobertura presupuestaria adecuada y suficiente, pero la conclusión de esta premisa no puede ser la exclusión de una oferta válida según las reglas de licitación de los Pliegos, sino la obligación de la Administración de dotarse de dicha cobertura mediante los procedimientos legalmente previstos (por ejemplo, modificaciones presupuestarias). Ello es consecuente con la conocida apreciación de que el Presupuesto es el reflejo de las obligaciones, pero no su fuente, la cual sólo puede radicar en las leyes, negocios jurídicos o actos que, de acuerdo al Ordenamiento Jurídico las generen (ver las sentencias del Tribunal Constitucional 63/1986 y 13/1992). Por ello, el recurso debe ser estimado.

Resolución 44/2014

DUODÉCIMO: El recurrente considera que se ha incumplido el artículo 67 RGLCAP al no mencionarse los créditos precisos para atender las obligaciones que del contrato pueden derivarse para la Administración (artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP). Se añade que el Consorcio de Aguas no disponía de Presupuesto aprobado para 2014 en la fecha de aprobación de los Pliegos. La existencia de crédito adecuado y suficiente es un requisito que la legislación hacendística y presupuestaria exige con carácter general para la adopción de cualquier compromiso de contenido económico por las Administraciones, y su omisión conlleva la nulidad de pleno derecho del contrato (artículo 32 c) TRLCSP). Es por ello que el artículo 67 RGLCAP (véase también el artículo 26.1 k) TRLCSP) incluyen la mención de los créditos que financiarán el contrato como contenido mínimo del PCAP o, en su caso, del documento contractual. La inclusión en la documentación contractual de la constancia del cumplimiento de este requisito no debe confundirse con el requisito mismo, cuya verificación requiere acudir a

la normativa contable y presupuestaria y analizando el estado de las cuentas del poder adjudicador, y cuya omisión puede conllevar la nulidad contractual. Por el contrario, la mención del artículo 67 RGLCAP sólo pretende garantizar a los terceros potencialmente interesados en el contrato la seriedad del compromiso del poder adjudicador, señalando en los documentos contractuales que éste está debidamente respaldado presupuestariamente.

Llegados a este punto, se observa que la cláusula sexta del PCAP, establece que «existe crédito adecuado y suficiente para atender a las obligaciones económicas que se deriven de la presente contratación con cargo al presupuesto 2014 (partida presupuestaria 441.227.07)» y que «el órgano competente en materia presupuestaria se reservará los créditos oportunos en los presupuestos de los ejercicios futuros que resulten afectados». El contenido de esta cláusula es suficiente para dar por satisfecha la escueta exigencia del artículo 67 RGLCAP. Esta afirmación es independiente de que existiera o no presupuesto aprobado para el ejercicio 2014 en el momento de aprobación de los Pliegos, puesto que la cobertura puede venir dada, como alega el poder adjudicador, por la aplicación de la normativa sobre prórroga presupuestaria. Además, el citado artículo 67 RGLCAP únicamente impone consignar una cobertura presupuestaria; su efectividad depende de la realidad económica de la entidad y de las normas hacendísticas que le afectan y es una cuestión diferente de la que es objeto de impugnación, no habiendo sido atacada por el recurrente con ningún argumento que haga dudar a este Órgano de la suficiencia presupuestaria del contrato; por el contrario, dicha suficiencia está acreditada en el expediente por el informe del Secretario-Interventor de 6 de enero de 2014. Por todo ello, este motivo de recurso debe ser desestimado.

5.4 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

5.4.1 Vinculación al objeto

Resolución 123/2014

El artículo 150.1 TRLCSP establece que «para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato», citando a continuación una serie de ejemplos. El requisito de la vinculación al objeto del contrato se ha venido entendiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores, especialmente los referidos a las características de la empresa, los cuales sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia (artículos 74 y siguientes del TRLCSP), la cual se sustituye por la clasificación en los casos en que, como el analizado, ésta sea preceptiva (artículo 62.1 TRLCSP).

En el caso de los certificados cuya posesión se establece como criterio de adjudicación, no hay vinculación con la prestación y sí con las características de la empresa (ver los informes

de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 42/06, 56/04 y 50/06):

- a) La certificación oficial Bikain «es el certificado oficial, público y gratuito otorgado por el Gobierno Vasco que acredita un nivel determinado de uso, presencia y gestión del euskera por parte de una organización». 2 Además, es contrario al principio de igualdad que sólo las empresas que ostenten un certificado concreto reciban puntuación, pues se discrimina a los licitadores que tienen el mismo nivel que dicho certificado demuestra y lo pueden probar mediante otro certificado equivalente u otros medios (ver, por ejemplo, los artículos 80.2 y 81.2 TRLCSP, referidos a las certificaciones de garantía de calidad o de gestión medioambiental cuando se usan para la acreditación de la solvencia).
- b) La norma de empresa SGE 21 es «el primer sistema de gestión de la responsabilidad social europeo que permite, de manera voluntaria, auditar procesos y alcanzar una certificación en Gestión Ética y Responsabilidad Social». 3 Debe añadirse que la responsabilidad social de la empresa ni siquiera puede ser empleada como criterio de solvencia por no figurar en el listado del artículo 78 TRLCSP, el cual establece con carácter tasado (artículo 74 TRLCSP) los medios de acreditación de la solvencia técnica y profesional que pueden exigir las Administraciones Públicas en los contratos de servicios (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/5/2012, C-368/10).
- c) La certificación de la Norma ISO 9001 determina los requisitos para un sistema de gestión de la calidad que pueden utilizarse para su aplicación interna por las organizaciones; análoga funcionalidad en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y de la gestión ambiental tienen, respectivamente, las Normas 18001 y 14001. Por ello, se refieren a criterios de solvencia recogidos en las letras c) y f) del artículo 78 TRLCSP. En el caso de la Norma 18001, hay que añadir que la prevención de riesgos laborales no puede ser utilizada como criterio de adjudicación (ver el informe 42/06 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Asimismo, en este apartado también se observa, como en la letra a) anterior, que no se aceptan certificados equivalentes u otros medios de prueba.

5.4.2 Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria

Resolución 18/2015

Según la jurisprudencia europea (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2002, asunto C-513/99), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos en su descripción que no vinculen en absoluto al poder adjudicador a la hora de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. De la lectura de la cláusula 13.1 b) del pliego no se deduce que en este caso exista, salvo en el subcriterio que luego se mencionará, dicha falta de vinculación, pues se fijan, aunque sea de forma breve, los aspectos de la oferta que van a ser utilizados y desarrollados en la valoración. Debe tenerse en cuenta que es

perfectamente posible que la ponderación global atribuida a un criterio sea posteriormente repartida entre varios subcriterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos, siempre que con ello no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y siempre que no se adopte la decisión teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04). Además, la cláusula 13.1 b), ciertamente escueta, debe entenderse en conjunto con la más concreta y desarrollada cláusula 9.3, la cual determina el contenido que debe tener la Memoria Técnica y Económica que se incluya en la proposición; a juicio de este Órgano, ambas estipulaciones componen un marco en principio suficiente para impedir la arbitrariedad del órgano de contratación, sin perjuicio de que el acto de adjudicación deba estar adecuadamente motivado por referencia a los criterios de valoración (artículo 151.4 TRLCSP).

A juicio de este OARC/KEAO, el único subcriterio que no cumple con el requisito de no permitir al órgano de contratación el ejercicio de una facultad arbitraria para adjudicar el contrato es el de la «explotación prevista»; dicho término describe una parte del objeto del contrato, pero no sirve como criterio de valoración, pues en nada se indica qué contenido ha de tener dicha explotación para merecer una consideración positiva del comité de evaluación; en este caso, la cláusula 9.3 tampoco añade información relevante a esta mínima mención, ya que se limita a establecer que la proposición incluirá una «memoria comprensiva de los términos en los que se desarrollará la explotación», pero sin incluir ningún elemento valorativo. Debe matizarse que es perfectamente posible valorar el contenido del plan de explotación, pero para ello debe establecerse, aunque sea brevemente, que aspectos del mismo van a ser merecedores de una alta puntuación, es decir, debe indicarse qué características del plan se van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, por ejemplo, el informe 30/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Consecuentemente, este inciso de la cláusula 13.1 b) debe ser anulado, desestimándose el motivo de impugnación en todo lo demás.

Resolución 22/2014

El criterio de adjudicación sobre el «Menor precio» adolece desde su origen de un elemento indeterminado como es el peso que se va a otorgar a cada anualidad para el cálculo de los precios medios ponderados. De esta forma, el órgano de contratación tiene la facultad de determinar en el momento preciso (adjudicación del contrato) la importancia de cada anualidad. No es cierto, como se afirma, que la fórmula no se modifica, pues la introducción de un elemento que depende de la voluntad exclusiva del órgano de contratación que, además, implica un uso discrecional en su aplicación no puede juzgarse sino como una modificación, y no es posible dar otra calificación al hecho que el peso otorgado a la anualidad de 2013 haya podido oscilar entre 1 y 5 meses y la anualidad de 2015 entre 7 y 11, dependiendo del momento de aplicación de la fórmula, sin que en ningún momento los licitadores fueran concededores de tales modificaciones. Es más, en el informe que acompaña a la remisión del expediente administrativo se admite que «(...) dado el significado del «ponderación, es precisamente la Administración la que procede a una estimación más correcta y ajustada a la realidad del coste económico real del contrato y, por tanto, de la selección de la oferta

económicamente más ventajosa», reconociendo como un hecho normal el uso discrecional por la Administración de lo que es la realidad temporal y económica del contrato. A mayor abundamiento, en ningún momento se da razón del motivo de la demora de la adjudicación, no siendo suficiente autoculparse afirmando que de lo único que está viciada la Resolución de 13 de diciembre de 2013 del órgano de contratación es de «inadjudicación», cuando del contenido del expediente se observan contradicciones entre el informe sobre el criterio del precio y el acuerdo de la mesa de contratación que fija el orden de adjudicación del contrato. Así, el primero, de 4 de noviembre de 2013 (folios 75 y 76), expresamente establece unos precios medios ponderados sobre la base de un período de vigencia del contrato de 1 mes para 2013, 12 meses para 2014 y 11 meses para 2015; mientras que el segundo, de 2 de julio de 2014 (folios 77 y 78), refleja unos precios medios ponderados distintos sin referencia alguna a los meses de vigencia del contrato. El hecho de que ambos actos no concuerden cronológicamente es reflejo de un uso interesado del procedimiento que no puede ser aceptado. Incluso el contenido de la resolución de adjudicación es contradictorio porque estando firmada el 13 de diciembre de 2013 prevé un mes de ejecución en dicho ejercicio, cuando los 15 días hábiles de vacancia entre la adjudicación y la formalización del contrato impiden de por sí ejecución alguna en el año 2013.

Tampoco puede admitirse el argumento de Pilsa de que su oferta es más ventajosa económicamente que la de Clece, porque si es así ha podido ser porque el poder adjudicador ha obrado de manera discrecional al ponderar el peso de cada anualidad, dando lugar a que el resultado del criterio del precio pudiera modularse.

El recurrente en su escrito incide en los principios de transparencia e igualdad de trato e invoca diversas sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como resoluciones del TACRC y de este órgano resolutorio. Sobre los principios citados, debe hacerse referencia en este momento al contenido de la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06) que en su apartado 67 afirma que «(...) el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, apartado 38, y Comisión/Chipre, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di fruta, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, apartado 49 y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Fruta, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de las Directivas (véase la sentencia Michaniki, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de

enero de 2008 (asunto C-532/06), que cita el recurrente, finaliza su apartado 38 afirmando que «(...) una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores».

La conclusión es que bajo el manto de un criterio «evaluable automáticamente mediante la aplicación de una fórmula», nos encontramos con unas reglas de ponderación que al no estar precisadas han podido permitir al poder adjudicador modular su aplicación dando lugar a que se obtuvieran resultados diversos en función del peso otorgado a cada anualidad, de manera que cualquier aplicación de las normas de ponderación hubiera sido igualmente arbitraria. En consecuencia, debe determinarse la nulidad del criterio por ser contraria a los principios de transparencia e igualdad de trato de los artículos 1 y 139 del TRLCSP y del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

5.4.3 Criterios discriminatorios

Resolución 120/2013

OCTAVO: Como bien señala el recurrente, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), coincidente con la de la Junta Consultiva Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCAE), y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en interpretar la normativa sobre contratación pública en el sentido de entender que ésta prohíbe que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio de aptitud o de adjudicación (por todas, véase la Resolución 21/2013 del TACRC, el informe 9/2009 de la JCCAE y la sentencia del TJ de 27/10/2005, asunto C-234/03).

Adicionalmente, hay que señalar que el órgano de contratación no ha acreditado que la localización geográfica sea relevante para la identificación de la oferta económicamente más ventajosa o garantice una más adecuada ejecución del contrato, sino que incluso ha aceptado expresamente los argumentos alegados por el recurso y solicita la anulación de las estipulaciones impugnadas. Por todo ello, el recurso debe ser estimado.

5.4.4 Criterios sujetos a fórmulas

Resolución 70/2014

Se observa que este apartado no es propiamente una fórmula, expresada en forma matemática, sino una descripción literaria, opción admitida por este órgano resolutorio siempre que la ambigüedad en el lenguaje literario no obligue a realizar algún juicio de valor en un criterio que es precisamente de aplicación automática según el art. 150.2 del TRLCSP

(ver la Resolución 69/2013).

Pues bien, en este supuesto se plantean dudas razonables a la hora de interpretar la fórmula descrita como de «proporcionalidad directa», pues no se sabe si ésta admite una única expresión matemática o no. La cláusula describe de forma clara a qué oferta se le otorgarán 55 puntos, que es la mejor oferta económica calculada según la media de los precios en días festivos y laborales ofertados, pero no así a qué oferta se le asignarán 0 puntos pues únicamente se refiere «al precio máximo aceptado según pliego». Ahora bien, no se especifica si este precio máximo se debe calcular respecto de la media de los dos tipos máximos de licitación que figuran en el PCAP o respecto del más elevado de los dos precios máximos. Tampoco se especifica qué función o regla de proporcionalidad directa se aplicará para la valoración de las ofertas que no sean la más económica ni las que vayan al tipo de licitación, pues la expresión «la fórmula a aplicar será la de la proporcionalidad directa» resulta vaga y ambigua.

Así, entre otras interpretaciones, podríamos entender que la proporcionalidad directa se plantea como una recta que pasa por dos puntos, es decir como una función de proporción directa, como señala el recurrente. No obstante, en este supuesto nos encontraríamos que hemos de interpretar, según la dicción de la cláusula contractual, cuál es uno de los puntos, el que se pondera con 0 puntos, pues la expresión literal «al precio máximo aceptado según pliego» y la voluntad del órgano de contratación, que cuando quiere que lo valorable sea la media de los precios así lo señala expresamente, podría conducirnos a considerar que este punto son los 70 €/hora día festivo. Ahora bien, también podría interpretarse que el segundo punto se debe calcular efectuando la media de los precios máximos según el pliego, esto es, sobre 65, pero también podría entenderse que, al precio ofertado según el tipo de licitación se le valora con cero puntos, pero que al resto de ofertas se les aplica una regla de proporcionalidad directa respecto al mejor precio ofertado, lo que, además, daría lugar a un resultado absurdo. En suma, la cláusula no describe ninguna función en concreto.

Como bien es sabido, el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema». Y, en este supuesto, la fórmula consignada en el PCAP no se halla inequívocamente expresada en términos matemáticos, siendo claro que no se ha cumplido el requisito legal para considerar que estamos ante un criterio no sujeto a discrecionalidad, pues la interpretación del texto no es unívoca y habilita al órgano de contratación a utilizar varias expresiones matemáticas basadas en la descripción, ambigua y poco exacta, que se realiza en el PCAP.

La introducción de un margen de apreciación (el que permite elegir una u otra fórmula) en un criterio definido como no sujeto a juicio de valor conlleva la nulidad del criterio por infracción del principio de igualdad, ya que se abre la posibilidad de un trato discriminatorio (artículos 62.1 a) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y 32 a) del TRLCSP).

Resolución 65/2014

OCTAVO: El artículo 150.2 TRLCSP establece que «en la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características

del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. (...)». El criterio cuya aplicación impugna el recurso, «Plazo de garantía», está configurado en la carátula del PCAP como uno de estos criterios. Su característica principal es la ausencia total de apreciación subjetiva en su aplicación a la valoración de las ofertas; dicho de otro modo, la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula matemática. Como es bien sabido, el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema».

Consecuentemente, no cabe otra posibilidad, en el caso analizado, que la pura y simple aplicación en sus propios términos de la fórmula establecida en los Pliegos. Dicha fórmula establece que los parámetros GL y GA se refieren, respectivamente, a la garantía ofertada por el licitador y a la garantía ofertada más alta y no a las ampliaciones sobre la garantía mínima exigida. La interpretación propuesta por el poder adjudicador no puede ser aceptada igual que no puede ser aceptada ninguna otra, puesto que se trata de una cuestión que, por los motivos expuestos, no está sujeta a interpretación. Por todo ello, el recurso debe ser estimado.

5.4.5 El precio como criterio de adjudicación

Resolución 121/2013

DECIMOCUARTO: Respecto a la valoración de los precios unitarios máximos establecidos, se impugna que exista un límite conocido previamente, superado el cual no se recibirá puntuación adicional. El apartado debatido del documento descriptivo dice lo siguiente:

Se asignará 1 punto por cada 1% de disminución respecto al precio unitario máximo establecido, hasta el máximo de los puntos establecidos en cada uno de los criterios (fórmula aplicable para la valoración de los precios unitarios de los préstamos, unidades de custodia externa y digitalizaciones).

La fórmula matemática a aplicar en el criterio de precios por integración se determinará en función de las soluciones ofertadas y elegidas en la fase de diálogo aplicando 1 punto por cada 1% de disminución respecto al precio unitario máximo o global establecido tras el diálogo con los candidatos y hasta el máximo de los puntos establecidos en el criterio (fórmula aplicable para la valoración del precio por integración).

El sistema de puntuación es, como bien explica el recurso, inaceptable, principalmente por ser contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCSP). Es claro que, cuando se valora el precio de la prestación, la ventaja económica se identifica con los precios más bajos, es decir, con las rebajas que se proponen respecto al precio máximo, y que el principio de igualdad impide atribuir la misma puntuación a ofertas disparmente ventajosas, aunque ambas hayan superado un determinado porcentaje de descuento respecto al importe de licitación. A partir de ahí, cabe preguntarse qué sentido tiene dejar de puntuar las rebajas a partir de un límite cuando la experiencia más común enseña que

las rebajas que superan ese límite siguen incrementando la ventaja económica para el comprador. Parece que la única respuesta posible es que el órgano de contratación estima que las proposiciones que ofertan precios menores que el límite no son fiables por anormales o desproporcionadas, pero tal explicación no puede admitirse, pues la temeridad sólo puede declararse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 152.3 TRLCSP), que incluye la audiencia al contratista sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida, y tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara, la eliminación de la oferta (en el caso analizado, se daría el absurdo de que una oferta que se deja de puntuar por no parecer fiable tendría la máxima puntuación). Debe señalarse que el sistema impugnado no sólo es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, en especial los apartados 92 y siguientes). Por todo ello, este motivo de recurso debe ser aceptado y el apartado 7.3.2 del documento descriptivo, anulado.

Resolución 24/2014

Como puede observarse, la fórmula calcula en primer lugar la media aritmética de todas las ofertas, tanto en las posiciones individuales como en las agrupadas, y posteriormente otorga la puntuación en función de la desviación de cada oferta respecto de dicha media, de manera que si el precio ofertado es superior a la media (desviación positiva) se penaliza con el doble de la desviación, mientras que si el precio es inferior a la media (desviación negativa) la penalización alcanza a la desviación respecto de la media.

La fórmula, en su planteamiento, persigue beneficiar a las ofertas que más se acerquen a la media o que su desviación respecto de ésta sea la menor posible. Por el contrario, penaliza a las ofertas que se desvían de la media, aunque lo hace en distinta proporción, castigando más (el doble de la desviación media) cuanto peores son en precio, y menos (desviación media) cuanto mejores son en precio. Pero lo relevante para la resolución del recurso es que la fórmula otorga menor puntuación a ofertas que son mejores económicamente pero que se desvían negativamente de la media. En este sentido, el hecho de que las ofertas con desviación positiva tengan una mayor penalización no puede impedir que se examine si fórmulas como la controvertida evitan la adjudicación a la oferta más ventajosa.

El método del precio medio como criterio de adjudicación ha sido analizado en la Sentencia de 16 de septiembre de 2013 del Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (asunto T-402/06). Esta sentencia, con abundantes referencias a otras anteriores, examina dicho método desde la óptica de los principios de transparencia e igualdad de trato. Sobre estos principios afirma en su apartado 67 que «(...)», el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, apartado 38, y Comisión/Chipre, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora

(sentencias Comisión/CAS Succhi di fruta, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, apartado 49 y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Fruta, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de las Directivas (véase la sentencia Michaniki, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

Posteriormente, sobre el método del precio medio refleja sus conclusiones en los apartados 70 a 77, de los cuales extraemos los siguientes contenidos que *mutatis mutandi* sirven para ilustrar el caso que nos ocupa:

En el apartado 70 la sentencia señala que los licitadores eran conocedores de la aplicación del método del precio medio, tal y como se especificaba en el pliego de condiciones y en el anuncio. Pero añade que «no es menos cierto que, en esa misma fase del procedimiento de licitaciones, los licitadores no podían conocer el precio medio, ya que éste se debía calcular, al ser una media aritmética de los porcentajes de “baja” con respecto al precio de base de todas las ofertas admitidas, únicamente una vez recibidas las antedichas ofertas relativas al contrato en cuestión».

En el apartado 73 indica que la aplicación del método del precio medio implica la necesidad de determinar a posteriori un elemento esencial, e incluso decisivo, para la adjudicación de los contratos como es el del precio medio con el que debían compararse todas las ofertas. La falta de transparencia en lo que atañe al precio medio hizo que los licitadores más competitivos se encontrasen en una situación de competencia «irracional» ya que, si querían mantener sus oportunidades de obtener el contrato se veían obligados a presentar una oferta con un precio más elevado del que hubieran podido ofrecer, a saber, una oferta con un precio correspondiente a la media previsible del precio del conjunto de las ofertas, y no la más baja.

En el apartado 74 distingue el precio medio para el cálculo de un umbral de anomalía que tiene por objeto determinar y destacar las ofertas anormalmente bajas en el sentido de las Directivas, del precio medio como criterio de adjudicación del que los licitadores no tenían conocimiento en el momento de la preparación y presentación de sus ofertas, que atañe a un elemento esencial, incluso decisivo, destinado a establecer la oferta más ventajosa económicamente. Incluso, vuelve a recordar, que el Derecho de la Unión no se opone en principio a que se utilice un criterio matemático para determinar qué ofertas resultan anormalmente bajas, siempre que se respete la exigencia de una verificación contradictoria de las referidas ofertas.

En el apartado 75 aprecia la consecuencia de que, en caso de paridad de las demás condiciones, con la aplicación del método del precio medio una oferta con un precio más elevado podría obtener más puntos por su calidad económica que una oferta más baja, en particular, cuando la primera oferta se aproximara más al precio medio.

En el apartado 76 incide en que, de acuerdo con las Directivas, la elección de los criterios de adjudicación debe estar dirigida a identificar la oferta más ventajosa económicamente y define a ésta como «(...) aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (...). Por consiguiente cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre calidad y el precio».

Finalmente, en el apartado 77 concluye afirmando que «si bien la oferta más ventajosa económicamente no es siempre aquella que tiene el precio más bajo, debe observarse que, en condiciones de perfecta igualdad de las ofertas por lo que respecta a todos los demás criterios pertinentes, incluidos los técnicos, una oferta más barata debe necesariamente considerarse más ventajosa, desde el punto de vista económico, que una oferta más cara. Pues bien, en una situación como ésta, la aplicación del método del precio medio, que daría lugar a que se adjudicase el contrato a una oferta más cara que otra, no puede calificarse de conforme con el criterio de la oferta más ventajosa».

La conclusión a lo expuesto es que para la jurisprudencia comunitaria el método del precio medio es contrario a los principios de transparencia y de igualdad de trato. Además, como dice en su apartado 73, con este método los licitadores presentan ofertas con un precio que busca la media previsible del precio del conjunto de las ofertas y no la más baja, con lo que irremediablemente conlleva a que los precios sean más elevados, ya que tratan de evitar las penalizaciones que conlleva alejarse del precio medio. Incluso se da la paradoja de que ofertas con precios más altos pueden obtener la misma o mayor puntuación que otras con precios más competitivos, dependiendo del grado en cada una se posicione respecto del precio medio.

5.4.6 Criterios de apreciación imposible

Resolución 123/2013

DÉCIMO: Sentada la conclusión expresada en el fundamento jurídico precedente, debe analizarse si la infracción legal señalada en el párrafo anterior obedece simplemente a una incorrecta interpretación del pliego o si, por el contrario, el criterio debatido está afectado por un vicio originario que provoca que cualquier acto posterior del procedimiento de adjudicación basado en él esté igualmente viciado. En este sentido, el recurrente ha señalado que la garantía que el criterio exige no corresponde a las empresas de comercialización del suministro eléctrico, sino a la empresa distribuidora correspondiente, alegación que merece un análisis. De acuerdo con el artículo 9 e) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, (en adelante Ley 54/97), los distribuidores son las sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo; estas sociedades mercantiles no pueden realizar actividades de comercialización (artículos 11.2 y 14.1 de la Ley 54/97), y entre sus obligaciones figura prestar el servicio de distribución de forma regular y continua, y con los niveles de calidad que se determinen (artículo 41.1 a) de la Ley 54/97). La actividad de comercialización se realiza por los comercializadores,

que son sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores (artículo 9 f) de la Ley 54/97). De todo ello se deduce que al procedimiento de adjudicación sólo podían presentarse empresas comercializadoras, y que éstas no son las que gestionan las redes de distribución sobre cuyo regular funcionamiento trata la garantía a la que se refiere el pliego. Ello no implica, por sí solo, que las licitadoras no puedan garantizar la seguridad y continuidad del suministro; es habitual en la contratación pública que los proveedores aseguren el abastecimiento de productos que no fabrican, por ejemplo, mediante acuerdos con otras empresas que sí los elaboran, sin que se pueda dudar de la legalidad de estas estipulaciones (quedando claro que el adjudicatario es el único responsable frente al poder adjudicador del incumplimiento del compromiso de garantía, aunque su origen sea el incumplimiento por la empresa fabricante de su acuerdo con el contratista). Cabe preguntarse si es posible un acuerdo similar entre las empresas comercializadoras que licitan a este contrato y la empresa distribuidora, de modo que las primeras puedan ofrecer al órgano de contratación garantías mayores que las legalmente fijadas para cualquier consumidor. La respuesta parece negativa, tanto por razones técnicas como por el hecho de que el distribuidor debe atender en condiciones de igualdad las solicitudes de acceso y conexión a sus redes y formalizar los contratos de acceso de acuerdo con lo establecido por la Administración (artículo 41.1 a) de la Ley 54/97 y artículos 41.1 i) y 60.4 del Decreto 1955/2000, que desarrolla la Ley 54/97).

A la vista del fundamento anterior, debe concluirse que la garantía sobre la que se debate es de prestación imposible para los licitadores y que el criterio de adjudicación incurre en nulidad de pleno derecho por ese motivo (artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y artículo 1272 del Código Civil). Si bien una reiteradísima doctrina legal y jurisprudencial sostiene que los pliegos son ley del contrato (en el sentido de que son la norma que rige la licitación) una vez que, como en este caso, sus cláusulas no han sido impugnadas en tiempo y forma, no es menos cierto que este principio cede en los casos de los vicios de nulidad de pleno derecho que provocan que los actos sucesivos basados en ellos incurran, necesariamente, en arbitrariedad. Ése es precisamente el caso: el criterio sólo puede aplicarse válidamente atribuyendo «0» puntos siempre y en todo caso porque se refiere a una prestación imposible, lo que es manifiestamente absurdo y equivale a no aplicarlo, pues los criterios sirven precisamente para diferenciar unas ofertas de otras, adjudicándose el contrato ignorando uno de los factores que han sido tenidos en cuenta por las empresas para la preparación de las proposiciones. Ello sería una actuación improcedente y contraria al principio de igualdad entre los licitadores, pues se posibilitaría la discriminación entre ellos (ver, por ejemplo, la resolución 129/2013 del TACRC).

5.4.7 Subcriterios

Resolución 127/2013

A juicio de este Órgano resolutorio, estas especificaciones previas del informe técnico, que forman parte de la motivación del acto impugnado, son consecuentes con el punto 16 del PCAP, pues no se modifica el criterio de adjudicación en él definido, no se introducen

elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y no consta que la decisión se haya adoptado teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24/11/2005, asunto C-331/04). En particular, no puede considerarse que el reparto igualitario entre los ámbitos de mejora de la puntuación global atribuida al criterio sea una aplicación arbitraria del mismo, ni que sea sorprendente para los licitadores, y por ello, es coherente con el principio de transparencia (artículo 1 del TRLCSP).

Resolución 60/2014

En relación con los criterios objeto de debate, se observa que guardan relación con el objeto del contrato y que han sido conocidos con la suficiente antelación para que los licitadores hayan podido preparar sus ofertas. Además, dos de los tres criterios contienen subcriterios o elementos secundarios debidamente ponderados. Incluso, se denota un esfuerzo en su desarrollo dando a conocer los aspectos que se valorarán, de forma que su aplicación en condiciones de objetividad no se presta a actuaciones arbitrarias o discriminatorias, que podrían poner en entredicho los principios de transparencia e igualdad de trato, sino que se deben enmarcar dentro de la potestad discrecional que goza el órgano de contratación en la descripción y valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

Por tanto, debe desestimarse la pretensión del recurrente sobre la posible arbitrariedad en la puntuación derivada de la falta de concreción en los pliegos de los criterios que requieren la emisión de un juicio de valor.

5.4.8 Consecuencias de la nulidad de un criterio

Resolución 92/2013

La declaración de nulidad conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la citada resolución 129/2013 del TACRC). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión». Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso». Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad,

en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en este apartado sobre el criterio declarado nulo.

Debe señalarse que, en este caso, la ponderación atribuida al criterio declarado nulo (2 puntos) es superior al margen que ha separado la oferta del recurrente de la del adjudicatario (0,34 puntos), de modo que es evidente que una configuración distinta del criterio y su consiguiente aplicación podía haber resultado en un adjudicatario diferente. Sin embargo, la nulidad habría existido también aunque no se hubiera dado esta circunstancia, y ello porque se desconoce cuántas habrían sido las ofertas y con qué contenido si, desde un primer momento, el subcriterio anulado no se hubiera incluido en el procedimiento.

5.5 PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

5.5.1 Barreras de entrada a la competencia

Resolución 116/2014

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

A la vista de la impugnación y de las alegaciones del poder adjudicador, se observa que la descripción del lote 10 se identifica con un producto concreto (SURGIFLO), con unas características concretas de volumen de presentación y origen porcino de la gelatina que entra en su composición; dicha descripción excluye productos como FLOSEAL, comercializado por la recurrente. Por ello, parece evidente que la prescripción impugnada impone un obstáculo al acceso al procedimiento de adjudicación. En lo referente a la segunda condición, es llamativo que el poder adjudicador no justifica claramente que las prescripciones técnicas atacadas sean estrictamente necesarias para la utilidad de la prestación contratada. Así, su informe pondera las ventajas de la solución técnica por la que opta el PPT en comparación con la del recurrente (menor coste total real por paciente, p.ej.), pero no llega a decir que la primera es la única que satisface el objeto del contrato; por el contrario, se acepta expresamente que ambas son similares en varios aspectos e incluso se reconoce que se

trata de una cuestión discutida y discutible. Dicho de otro modo, y como bien señala el recurso, se trata de argumentos propios de la valoración de dos ofertas para determinar cuál de ellas es la más ventajosa —cuestión que se dirime en un momento posterior aplicando los criterios de adjudicación—, pero no se justifica que la opción técnica elegida sea ineludible. Solo en un caso se da un argumento que puede apoyar la exclusión del lote 10 de los productos elaborados con gelatina bovina, cuando se advierte de los riesgos de aparición de respuesta inmune o riesgo de infección del «mal de las vacas locas» derivado del uso de este componente. Sin embargo, esta afirmación no es aceptable, ya que tal reproche es incompatible con el artículo 4.1 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, que establece que los citados productos solo pueden comercializarse si no comprometen la seguridad y la salud de los pacientes. A partir de ahí, contando FLOSEAL con el marcado CE, al que se refiere el artículo 12 del citado Real Decreto⁷ como requisito necesario para que un producto se ponga en servicio, no cabe que el poder adjudicador atribuya al producto, con carácter general, los efectos adversos mencionados hasta desvirtuar la garantía de seguridad que aporta el marcado. Por otro lado, el reproche es contradictorio con que la propia Administración reconozca que utiliza gel sellador con componente bovino para otros servicios quirúrgicos.

Finalmente, la advertencia de consecuencias tan graves derivadas del uso de un producto comercializado debiera suponer su exclusión del mercado, sin que conste que Osakidetza haya activado esta opción (artículo 8 de la Directiva 94/32, sobre productos sanitarios). Consecuentemente, debe concluirse que las prescripciones técnicas impugnadas son obstáculos injustificados a la libre competencia, por lo que deben anularse.

5.5.2 Etiquetas y certificados de calidad

Resolución 97/2013

DÉCIMO: La controversia versa sobre el alcance de una de las características técnicas exigidas a los productos en la cláusula 2 del PPT, concretamente, la referida a los certificados medioambientales, que está redactada en los siguientes términos:

2. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS PRODUCTOS OFERTADOS

(...)

Los productos ofertados deberán contar con los siguientes certificados medioambientales:

— Ángel azul (Der Blaue Engel)

— LGA: comprueba las emisiones de las impresoras láser y el contenido de sustancias nocivas (níquel, mercurio, cobalto) en los módulos de tóner. Los productos con sello LGA protegen la salud del usuario.

En lo que respecta al primero de los certificados exigidos, el Ángel Azul (Blauer Engel) (www.blauer-engel.de) señalar que es en el tiempo la primera etiqueta ambiental para productos y

servicios y fue creada por iniciativa del Ministerio Federal del Interior alemán y aprobado por los ministros del medio ambiente del gobierno federal y los Estados federados en el año 1978. Establece el estándar para los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente, que se deciden por un jurado independiente de acuerdo a criterios definidos. Además de los criterios ambientales, incorpora los de calidad, seguridad, consumo de energía y otros.

Por su parte, LGA (Landesgewerbeanstalt Bayern) (http://www.lga.de/lga/en/company/index_company.shtml) es una corporación de derecho público que presta servicios principalmente relacionados con la realización de pruebas y análisis, consultoría, certificación y formación. En el PPT controvertido se explica cuál es la finalidad de este certificado medioambiental, que no es otro que comprobar las emisiones de las impresoras y el contenido de determinadas sustancias nocivas en los módulos de tóner.

El PPT, a través de la exigencia de las citadas certificaciones, está definiendo el objeto del contrato ya que se refieren a un requisito relativo a las características medioambientales que deben cumplir los bienes a suministrar, de lo que se concluye que nos hallamos ante una cláusula de definición de las prescripciones técnicas del contrato.

De forma preliminar, se ha de indicar que las prescripciones técnicas cumplen dos funciones. Por un lado, realizan una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo y, de otro, exponen los requisitos mensurables que servirán para evaluar las ofertas y constituyen los criterios mínimos de cumplimiento. Si no se exponen de manera clara y correcta, acarrearán de forma inevitable la presentación de ofertas que no sean adecuadas. Tendrán que rechazarse las ofertas que no cumplan las especificaciones técnicas.

El poder adjudicador en su informe de fecha 23 de julio de 2013 reconoce expresamente que las empresas adjudicatarias carecen de los certificados exigidos en el PPT y que, debido a ello, debieron ser excluidas del procedimiento de adjudicación del referido lote 2. Una de las empresas adjudicatarias, Prosin, admite que no dispone del certificado Ángel Azul (de origen alemán) pero que dispone de otros equivalentes, el Nordic Swam (de origen nórdico) y el NF Enviroment (de origen francés), los cuales deben ser aceptados por el órgano de contratación debido al efecto discriminatorio y contrario a la competencia que supone la exigencia de un determinado certificado medioambiental procedente de un determinado estado miembro.

En este sentido, procede analizar si la exigencia de determinados certificados medioambientales como prescripción técnica está definida de conformidad con los requisitos y límites señalados en el TRLCSP. En concreto, en su artículo 117.1 se permite que éstas se definan, en la medida de lo posible, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente. El artículo 117.3 establece la forma en la que se deben definir las prescripciones técnicas, mientras que en el apartado 6, referente a las prescripciones que definan características medioambientales, dispone lo siguiente:

Cuando se prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, podrán utilizarse prescripciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, nacionales o plurinacionales, o en cualquier

otra etiqueta ecológica, siempre que éstas sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción hayan podido participar todas las partes concernidas tales como organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y que sean accesibles a todas las partes interesadas.

Los órganos de contratación podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido.

Este artículo transpone el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, cuyo considerando 29 en relación a las especificaciones medioambientales señala que:

(...) Los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Podrán utilizar, aunque no están obligados a hacerlo, las especificaciones adecuadas definidas por las etiquetas ecológicas, como la etiqueta ecológica europea, la etiqueta ecológica (pluri)-nacional o cualquier otra etiqueta ecológica, si las exigencias de la etiqueta se desarrollan y adoptan basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas (...).

De lo referido se puede concluir que los poderes adjudicadores se hallan facultados para definir las prescripciones técnicas conforme a las prescripciones detalladas en una etiqueta ecológica, esto es, que pueden incluir las prescripciones de la ecoetiqueta en el PPT, pero no pueden exigir una etiqueta ecológica concreta. Para facilitar el cumplimiento de tal exigencia, el párrafo segundo del artículo 117.6 del TRLCSP habilita a los órganos de contratación a indicar que los productos provistos de la etiqueta ecológica cuyas especificaciones detalladas hayan utilizado se consideran acordes con las especificaciones correspondientes. Sin embargo, este párrafo segundo no altera el alcance del párrafo primero ya que permite recurrir a la propia etiqueta ecológica de manera secundaria, como prueba de que se cumplen las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas [STJUE, de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10 (TJCE\2012114), apartado 64].

Se ha de señalar que las etiquetas ecológicas son certificaciones que se otorgan por organismos oficiales o grupos independientes a ciertos productos o servicios que durante su ciclo de vida (producción, uso y deposición) tienen un impacto ambiental mucho menor que un producto o servicio convencional. Las ecoetiquetas oficiales son desarrolladas por todos los agentes interesados (especialistas, administraciones públicas, sector privado, ONGs,

etc.) y por tanto, son legítimas y coherentes ambientalmente. Para obtener una ecoetiqueta, se tienen que cumplir ciertos criterios definidos en la misma y utilizando un sistema de cálculo concreto.

Resolución 119/2014

Con todo, debe traerse en este momento a colación lo previsto en el apartado 6. del artículo 117.6 del TRLCSP, según el cual:

Los órganos de contratación podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido.

Por tanto, las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas pueden acreditarse mediante etiquetas ecológicas y por cualquier otro medio de prueba adecuado como pueden ser un informe del fabricante o un informe elaborado por un organismo oficialmente reconocido.

En definitiva, se debe comprobar si la documentación que Manpel presenta sobre el papel Filing R Color cumple con los requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Así, en la ficha técnica del papel Filing R Color se afirma que la cartulina de colores es 100% reciclado, y junto con la ficha se aporta un certificado FSC emitido por el certificador SGS que acredita de J. Vilaseca, S.A. «La compra de celulosa FSC 100%, FSC Mix, FSC Controlled Wood, Controlada y papel reciclado pre y post consumo para la fabricación y venta de papel de impresión y escritura, soportes industriales y papeles de seguridad FSC Mix FSC Controlled Wood y FSC Recycled por el sistema de créditos. Compra venta de pasta certificada FSC 100%, FSC Mix y FSC Controlled Wood por el sistema de transferencia». A pesar de lo dispuesto en la ficha técnica del fabricante, debe concluirse que Vilaseca fabrica papel con certificado FSC en las tres modalidades⁸ que se certifican —puro, mixto y reciclado—, pero este certificado no es suficiente para garantizar que el papel Filing R Color es 100% reciclado.

Presenta también un certificado Ecolabel otorgado por la Generalitat de Catalunya para el producto «Filing colores». Este certificado, correspondiente a la categoría de «papel para copias y papel gráfico», se basa en la Decisión de la Comisión, de 7 de junio de 2011 (2011/332/UE), por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE al papel para copias y al papel gráfico. La Decisión en su criterio 4 Sustancias y mezclas prohibidas o restringidas, letra c) dispone que:

No se admite el uso de gas de cloro como blanqueador. Este requisito no se aplica al gas de cloro relacionado con la producción y el uso de dióxido de cloro.

Evaluación y verificación: El solicitante presentará una declaración del fabricante o de los fabricantes de pasta de papel en la que se afirme que no se ha utilizado gas de cloro como blanqueador. Nota: Aunque este requisito es

también de aplicación al blanqueado de fibras recicladas, se acepta que las fibras hayan sido blanqueadas con gas de cloro en su ciclo de vida anterior.

El requisito 2 del punto 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas dice que el papel debe ser totalmente libre del cloro (TCF). La diferencia entre un papel ECF y un papel TCF estriba en que en los primeros no se utiliza el gas cloro para el blanqueado de la pasta, sino dióxido de cloro. En los segundos se utilizan alternativas como el oxígeno o el ozono, eliminándose por completo el uso del cloro.

De lo dicho se infiere que la etiqueta Ecolabel acredita que el papel Filing R Color es ECF pero no TCF como se exige en el Pliego. En este sentido, las fichas de productos y servicio sobre papel de oficina que emite IHOBE, en el punto 4.1. de ecoetiquetas oficiales, sobre la etiqueta Ecolabel y el proceso de blanqueo se indica que «no se admite uso de gas cloro (ECF)».

La conclusión es que el papel Filing R Color que presenta Manpel no acredita los requisitos de ser 100% reciclado, con un contenido en fibra post-consumo ~ 65%, y tampoco ser totalmente libre de cloro (TCF).

Manpel aporta también los certificado ISO 9001:2008, sobre Sistema de Gestión de la Calidad; ISO 14001:2004, de Sistemas de Gestión Ambiental; y ISO 50001:2011 de Sistemas de Gestión de la Energía, todos ellos concedidos a la empresa Vilaseca, que tampoco acreditan el cumplimiento de los requisitos 3 de durabilidad superior a 100 años y 4 de Cumplimiento de los requisitos de idoneidad técnica para impresión y fotocopia.

No puede, por tanto, estimarse la pretensión del recurrente de que el papel Filing R Color cumple con las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas.

La conclusión de que el papel Filing R Color, propuesto por el recurrente en la modalidad de DIN A4 en colores paq. 500 hojas, gramaje 160gr/m², ha sido correctamente excluido de la licitación, hace superfluo el análisis del otro motivo de impugnación referente a la afirmación de la comisión técnica de que la ficha técnica indica que la información de los productos es indicativa, sujeta a modificación.

5.6 VARIANTES Y MEJORAS

5.6.1 Variantes: concepto

Resolución 61/2014

DÉCIMO: El artículo 147 TRLCSP establece en su párrafo 1 que «cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad». En el caso analizado, el punto 7 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es muy expresivo cuando afirma que «no procede» la presentación de variantes

o alternativas. Consecuentemente, las ofertas de los licitadores que presenten variantes deben ser excluidas. Debe recordarse que las variantes, siempre que estén autorizadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 147 TRLCSP, son la única posibilidad de que los licitadores presenten varias ofertas simultáneas sin que ello suponga el rechazo de todas ellas (artículo 145.3 TRLCSP). Llegados a este punto, sólo queda determinar si la propuesta del adjudicatario infringe efectivamente, como sostiene el recurrente, la prohibición de presentar variantes.

Analizada la oferta de la empresa adjudicataria, se observa que el apartado 2.7 de su oferta técnica (páginas 309 y 310 del expediente) se titula «contenedor opcional» y contiene una descripción de dos modelos, incluyendo su capacidad, dimensiones y colores, acompañándose también fotografías. Debe recordarse que el apartado 2 se titula «Modelo de contenedor» y el 2.1 «Sistema propuesto». A pesar de que la empresa ha alegado que «se apuesta en todo momento por el modelo descrito en la propuesta y simplemente se dice que hay otros modelos de contenedores que cumplen las mismas características, pero que no se contraponen al modelo propuesto ni se ofrecen como alternativa», el tenor literal de la oferta, con uso expreso del término «opcional», es muy claro y no puede llevar a otra conclusión que la de que la empresa ha querido ofrecer al poder adjudicador la posibilidad de elegir entre varias alternativas técnicas, ya que, de lo contrario, no tendría sentido que el apartado 2.7 fuera parte de la oferta. Es muy revelador que la oferta señale que «para que los STM puedan valorar mejor el tipo de contenedor propuesto, su robustez y adecuación al servicio, llevaríamos hasta las instalaciones del ayuntamiento que se nos indicase, una unidad del modelo ofrecido. Asimismo se podría llevar una unidad de los modelos propuestos como opcionales en 2.7», así como que el informe técnico que sustenta la valoración, en el epígrafe «Modelo de contenedor», mencione expresamente que el adjudicatario «plantea otros dos modelos opcionales, a tener en cuenta por los STM», lo que no deja lugar a dudas de que el Ayuntamiento ha entendido que se le ha ofrecido una alternativa adicional en un aspecto que cuenta como criterio de adjudicación.

Análogo comentario merece la presentación de dos propuestas de diseño. En la oferta (página 305 del expediente) se dice que «se adjunta una propuesta de rotulación con dos variantes», lo que es recogido en el informe técnico de valoración como un aspecto positivo.

Por todo ello, este Órgano considera que la oferta del adjudicatario infringe los Pliegos de la licitación al incluir variantes no autorizadas, lo que debió suponer su exclusión. Consecuentemente, el recurso debe estimarse.

Resolución 76/2014

DÉCIMO: La primera cuestión que debe analizarse es la procedencia de la exclusión del recurrente, cuyo primer motivo es la «infracción del art. 147 TRLCSP por inclusión de variantes no previstas en los pliegos que rigen la licitación, respecto a los apartados siguientes: Base de operaciones y cantones, nuevos equipos, contenedores y camiones».

El artículo 147 TRLCSP establece, por lo que interesa al objeto de esta resolución, que «cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto

expresamente tal posibilidad», añadiendo que «la posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación». Los Pliegos no han previsto en los términos legales señalados la posibilidad de que se ofrezcan variantes, y los anuncios de licitación publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el Boletín Oficial del Estado (BOE) son claros en el sentido de excluir expresamente dicha posibilidad (apartados II, 1, 9 y 8 e), respectivamente). Por lo tanto, no cabe duda de que no se cumplen los requisitos legalmente exigidos para considerar admisible la presentación de variantes. Dado que la aceptación de variantes es una excepción a la prohibición general de presentación de proposiciones simultáneas, la consecuencia de todo ello sólo puede ser la exclusión del licitador que las incluya en su oferta sin que el contrato lo permita (artículo 154.3 TRLCSP). Es evidente que la oferta del recurrente contiene variantes, las cuales no pueden ampararse en ninguna otra figura jurídica o denominación (como «mejoras» o «alternativas») que le permita eludir la exclusión. La variante se caracteriza por proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que puede elegir una cualquiera de entre ellas. Precisamente eso y no otra cosa es lo que hace el recurrente en su oferta, como lo demuestra el uso de expresiones como «siendo las dos (alternativas) presentadas válidas y garantes para la correcta ejecución de los servicios ofertados, dejamos la última decisión a consenso con nuestro cliente», o «se ha optado por presentar varios modelos de cada uno de los equipos, materiales y maquinaria ofertada, para que una vez se adjudique la oferta se consensue la adquisición de maquinaria con el Ayuntamiento de Getxo». Llegados a este punto, la exclusión impugnada sería correcta si no fuera porque, como bien señala el recurrente, esta peculiar forma de elaborar la oferta ha sido inducida y promovida por la propia Administración. El artículo 6 del PCT establece que «el Ayuntamiento podrá introducir sobre la oferta de adjudicación, de mutuo acuerdo con la empresa adjudicataria, los ajustes que considere oportunas al objeto de optimizar la calidad del servicio prestado». En sentido análogo, los artículos 50 (puesta en marcha de los trabajos vinculados al grupo 1, limpieza urbana), 62 (puesta en marcha de los trabajos vinculados al grupo 2, recogida y transporte de los residuos sólidos urbanos a planta de transferencia o planta de tratamiento final), 67 (puesta en marcha de los trabajos vinculados al grupo 3, explotaciones y conservaciones), 83 (requisitos de los materiales) y 84 (características de los materiales) del PCT posibilitan, para concretos aspectos de la prestación, que la Administración altere el contenido de la oferta del adjudicatario de acuerdo con él para «optimizarla» y adecuarla a las necesidades municipales, señalándose expresamente que «estos ajustes en ningún caso tendrán la consideración de modificaciones contractuales». Dado que los Pliegos han reservado a la Administración la posibilidad de alterar la oferta del adjudicatario mediante un procedimiento «consensuado», el poder adjudicador difícilmente puede considerar ilegítimo que los licitadores se anticipen a esa «renegociación» de la proposición incluyendo en sus ofertas varias opciones que luego podrán ser finalmente incorporadas al contrato si la empresa es designada adjudicataria y hay acuerdo para ello. Es más, la posibilidad de modificar la oferta del adjudicatario convierte en irrelevante el contenido de las proposiciones y todo el procedimiento de licitación. Debe recordarse que dicho procedimiento finaliza con la identificación de la proposición más ventajosa, y el hecho de que tal oferta pueda ser modificada inmediatamente después de la adjudicación supone que la selección es puramente formal, pues la oferta que verdaderamente va a regir la ejecución de la prestación es la que acuerden las partes prácticamente sin sujetarse a limitación alguna, más allá de una vaga alusión a la calidad del servicio. Por otro lado, las estipulaciones analizadas infringen el principio de correcta determinación del objeto del contrato (artículo

86.1 TRLCSP) porque dejan su contenido al arbitrio de indicaciones posteriores (artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Procede ahora determinar analizar si el alcance de la resolución debe limitarse a anular la exclusión o debe también incluir la nulidad las cláusulas cuya ilegalidad se expuesto en el párrafo anterior. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos que, como los analizados, no han sido recurridos en tiempo y forma son la ley del contrato, de modo que hay que aplicarlos en su integridad. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que se infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución. Las cláusulas debatidas otorgan a la Administración la posibilidad de modificar arbitrariamente, sin más requisito que el acuerdo del adjudicatario, la oferta de este último, lo que de hecho desvirtúa todo el procedimiento, basado en el trato igualitario y no discriminatorio a todos los licitadores (artículo 139 TRLCSP). Aunque la modificación se produciría después de la adjudicación y afectaría solo a la oferta del adjudicatario, la mera posibilidad de que se produzca en un momento posterior pervierte el procedimiento porque convierte en provisionales todas las proposiciones, pues, en principio, cualquiera de ellas puede resultar la seleccionada y ser luego modificada. De este modo, se posibilita que, por ejemplo, como en el caso que es objeto de esta resolución, un licitador ofrezca múltiples alternativas sin límite que luego sean libremente elegidas o cambiadas por las partes, o que cualquier oferta sea luego desfigurada hasta suprimir o hacer irreconocibles las características técnicas que la hicieron más ventajosa para que el contrato sea menos gravoso para la adjudicataria, interés que sin duda perseguiría la empresa cuyo consentimiento es necesario para el cambio de condiciones. La mera posibilidad de que tales arbitrariedades se puedan cometer es jurídicamente inaceptable, por lo que hay que concluir que la simple retroacción de actuaciones para que se reinicie el procedimiento en el momento anterior a la exclusión no sería suficiente: cualquier nueva adjudicación estaría viciada porque cualquiera podría ser arbitrariamente cambiada o, dicho de otra forma, de ninguna se podría decir que se ajusta a las reglas del procedimiento porque el artículo 6 y concordantes del PCT hacen que, en la práctica, estas reglas no existan. Por lo tanto, debe declararse la nulidad de pleno derecho de las citadas cláusulas, lo que conlleva la nulidad de todo lo actuado a su amparo y, en su caso, la tramitación de una nueva licitación bajo unos nuevos Pliegos.

5.6.2 Mejoras: requisitos y consecuencias de su incumplimiento

Resolución 92/2013

NOVENO: El recurrente impugna la motivación de la aplicación del subcriterio descrito en el Pliego, sin más aclaración, con los términos «otras mejoras de interés y que produzcan mejora en el proyecto» (2 puntos), y considera que no se ha justificado la desestimación de

las cinco mejoras adicionales propuestas. La escueta explicación que contiene el informe es que «no refiere información que pueda ser valorada como propuesta de mejora», lo que ciertamente no cumple con los requisitos mínimos exigibles a la motivación, pues no se da razón del proceso lógico que ha llevado a adoptar la decisión. Por otro lado, el citado Pliego tampoco especifica qué información es necesaria para valorar una mejora.

En cualquier caso, no sólo resulta difícil considerar suficiente la motivación efectuada, sino cualquier otra que se pudiera aportar, y ello porque el mismo contenido del criterio de adjudicación es claramente contrario al artículo 147.2 del TRLCSP, que establece que «la posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación». Al faltar las precisiones solicitadas por el TRLCSP y, consecuentemente, valorar las mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados y reglados (porque tales criterios no existen), se está infringiendo el principio de igualdad, pues queda la valoración al libre arbitrio del órgano de contratación. Dicho de otro modo, la infracción se deriva directamente de la configuración del criterio en el Pliego, que atribuye a la Administración una libertad incondicionada para aplicarlo, y no de la aplicación concreta que de él se ha hecho por el órgano de contratación.

Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución un criterio que otorga a la Administración la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a las mejoras.

5.7 OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES

5.7.1 Obligación legal

Resolución 103/2014

NOVENO: Dado que el objeto de la discusión es, en buena parte, el alcance y significado

de las cláusulas de los pliegos relativas a la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones de empleo del personal que venía ejecutando el servicio con anterioridad, es oportuno que este Órgano recuerde su doctrina general sobre la cuestión. En primer lugar, la Resolución 57/2013 de este OARC/KEAO señalaba que:

«La subrogación en los contratos de trabajo que en ocasiones se produce entre el adjudicatario de un contrato y el anterior prestador del servicio es una cuestión ajena a la legislación contractual, que regula las relaciones entre las entidades del sector público y los licitadores o contratistas, pero no las que afectan a ambas empresas o a éstas y sus empleados. Si el artículo 120 TRLCSP establece que “en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida” es porque la obligación de subrogación es un aspecto que puede ser relevante para que los potenciales licitadores decidan si les interesa o no presentar una oferta y, en su caso, con qué contenido, por lo que es acorde con el principio de transparencia informar sobre este extremo. Naturalmente, el precepto no atribuye a la entidad contratante competencia alguna para imponer una subrogación que sólo puede tener como fuente la legislación laboral (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores) o los convenios colectivos, ni para conceder a dicha subrogación un alcance distinto del que prevén las citadas normas, de modo que se produzca una injerencia en las relaciones propias del contrato de trabajo o en el ámbito de organización de la empresa (por todas, ver la Resolución 292/2012 del TACRC y todas las que en ella se citan, así como los informes 31/99 y 33/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa)». Posteriormente, la misma Resolución añadía que «son dos cosas diferentes cumplir con la obligación de subrogación y prestar el servicio exactamente con las mismas personas físicas, no siendo lo segundo una obligación derivada del convenio colectivo».

Por ello, debe darse la razón al poder adjudicador cuando dice que la obligación de subrogación no es una cláusula contractual sino una obligación de origen legal o convencional, y que el compromiso escrito requerido de respetar dicha obligación es, por esa razón, innecesario. Es igualmente cierto que dicho compromiso no pertenece a la oferta, por lo que mal puede considerarse que la modifica, y ello porque los pliegos no exigen que el servicio se preste con el personal al que se refiere la cláusula 28 de la carátula, sino que, por el contrario, y como bien dice el adjudicatario, permiten que cada licitador configure su oferta con los medios humanos que estime oportunos, siempre que se cumpla con las obligaciones contractuales (ver, por ejemplo, las cláusulas 16.2 de la carátula y 10 a) del Pliego de prescripciones técnicas). En consecuencia, debe desestimarse la pretensión de que el adjudicatario sea excluido de la licitación por incumplir su oferta las exigencias de los pliegos en materia de subrogación.

5.7.2 La decisión de facilitar o no la información requerida por el art. 120 TRLCSP es revisable por OARC/KEAO

Resolución 118/2013

OCTAVO: El artículo 120 TRLCSP establece la obligatoriedad de informar en el propio pliego o en la documentación complementaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que, en su caso, afecte la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, con la finalidad de permitir a los licitadores la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Como señala una reiterada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC; ver, por ejemplo, las resoluciones 181/2011 y 292/2012), este precepto no es la fuente de la obligación de subrogación, papel que corresponde a las normas laborales o los convenios colectivos, y su única finalidad es que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, y que son relevantes para la preparación de la oferta. Por ello, y aunque la obligación de subrogación existirá o no siempre según lo que dispongan las normas o convenios y con independencia de que la información que pide el artículo 120 TRLCSP figure o no en el expediente, es claro que dicho precepto impone al poder adjudicador una obligación de información que ha de cumplir diligentemente, lo cual le supone emitir un juicio sobre si existe o no alguna norma o convenio que obligue a la subrogación.

En el presente caso, los pliegos y documentación complementaria no hacen alusión a obligación de subrogación, y el órgano de contratación sostiene que ello se debe a que el convenio colectivo que la recurrente alega no incluye en su ámbito a los trabajadores de las empresas licitadoras, habida cuenta del objeto del contrato. A juicio de este Órgano, del análisis del citado convenio (II Convenio Colectivo de la Industria de Producción Audiovisual para Técnicos), así como de la respuesta (no vinculante) a la consulta dada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el expediente 2010/77 (alegada por el órgano de contratación), se deduce que la actuación del poder adjudicador ha sido correcta. El objeto de la consulta era si están o no en el ámbito de aplicación del convenio las empresas que, entre otras, se dedican a la actividad de «Servicio de asesoramiento de estilismo e imagen a las personas que intervienen en programas de televisión». Por su interés para el objeto de esta Resolución, se reproducen a continuación algunos de los párrafos más significativos de la respuesta, cuyo contenido se asume por este Órgano:

El artículo 3 del Convenio Colectivo de la Industria de Producción Audiovisual (BOE de 1 de agosto de 2009), relativo a su ámbito personal, ha previsto su aplicación a todos los trabajadores/as que «... presten sus servicios, mediante un contrato laboral y cualesquiera que sean sus cometidos, en las empresas de producción audiovisual sujetas al ámbito del mismo...», dejando expresamente fuera del mismo a «... g) Los trabajadores/as que presten sus servicios en empresas que —como las dedicadas a la prestación de servicios auxiliares o complementarios a la producción audiovisual— no están sujetas al ámbito de este Convenio, tengan suscritos contratos de obras o servicios con empresas de producción audiovisual sujetas al ámbito de este convenio, aun cuando las actividades de estos trabajadores/as se desarrollen en los centros de trabajo o actividades de estas últimas».

(...)

En el régimen jurídico de los convenios colectivos, la referencia al ámbito funcional y personal de aplicación determina el sector o subsector de actividad económica de las empresas afectadas por el convenio —ámbito funcional— y el colectivo o grupo de trabajadores comprendidos en él —ámbito personal—, y junto al ámbito territorial, establecen su campo de aplicación, fijado libremente por las partes negociadoras de los convenios, en virtud de la facultad de que disponen los sujetos legitimados para la negociación de organizar las condiciones de trabajo de un determinado sector o actividad y los destinatarios de las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 83.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Es así como la actividad a la que se dedica la empresa, en la que presta servicios un trabajador, constituye el criterio para determinar el convenio colectivo aplicable, al ser la rama de la empresa, sector o subsector de actividad lo esencial para determinar el ámbito funcional, que se asienta sobre la libre elección de la unidad de negociación, que hace posible que una determinada actividad pueda estar o no incluida en el ámbito de aplicación, o excluir a determinados grupos de trabajadores (siempre que no se incurra en discriminación), conforme a lo acordado por las partes que lo negocian.

Según lo expuesto, el criterio de inclusión de una empresa en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de la Industria de la Producción Audiovisual publicado en el BOE de 1 de agosto de 2009, será que su actividad resulte comprendida en el ámbito funcional (art. 1º) del mismo, o lo que es lo mismo, que se trate de una empresa dedicada a la producción audiovisual (excepto productoras de obras audiovisuales de cortometraje para su exhibición en salas de cine, y empresas de producción audiovisual con convenio propio que, por voluntad expresa de los negociadores, han quedado fuera de la regulación de este convenio). Asimismo, por aplicación de su ámbito personal (artículo 3º), los destinatarios de su regulación son los trabajadores de las empresas de producción audiovisual contempladas en su ámbito funcional, excluyendo a determinados colectivos de trabajadores, como el personal de alta dirección, agentes comerciales o publicitarios..., trabajadores sujetos a un contrato mercantil o civil, trabajadores que tengan el carácter de autor según la Ley de Propiedad Intelectual, actores, músicos, cantantes, orquestas etc..., que, en virtud del principio de libertad, pueden negociar por separado su relación laboral con la empresa, alcanzando esta exclusión, según el apartado g) del citado artículo 3, a los trabajadores pertenecientes a empresas de servicios auxiliares o complementarios a la producción que, por razón de su actividad principal, no resultan afectadas por el convenio, al no realizar de forma simultánea y principal la actividad de producción audiovisual.

Por tanto, si la norma general para determinar el convenio colectivo aplicable es la rama o actividad económica de la empresa, se estimaría que los servicios auxiliares o complementarios a la producción audiovisual solo quedarían afectados por el ámbito funcional del Convenio Colectivo de la Industria de la Producción Audiovisual cuando se presten por empresas

que tienen como actividad principal la producción audiovisual, al ser ésta la actividad esencial para determinar su aplicación, lo que excluiría a las empresas de servicios auxiliares o complementarios que no lleven a cabo esa actividad.

Por todo ello, no consta norma o convenio que justifique la subrogación a la que se refiere el artículo 120 TRLCSP. Consecuentemente, el poder adjudicador no ha incumplido ninguna obligación de informar sobre datos relevantes para la confección de las ofertas, por lo que debe desestimarse este motivo de impugnación. No obstante, conviene añadir que, en consonancia con la finalidad y alcance del artículo 120 TRLCSP y las competencias del OARC/KEAO, este pronunciamiento no tiene efectos más allá del ámbito del presente procedimiento de resolución del recurso especial, del expediente de contratación al que éste se refiere y de la determinación de si el poder adjudicador ha cumplido con lo que el citado precepto le impone. En particular, no sustituye las decisiones que adopten las autoridades competentes en materia laboral ni mucho menos las de los órganos del orden jurisdiccional social, por lo que no podrá ser válidamente invocado en los posibles conflictos entre las empresas implicadas o entre éstas y los trabajadores afectados.

5.7.3 La información sobre la subrogación ha de ser veraz

Resolución 44/2014

DECIMOTERCERO: Por lo que se refiere a las alegaciones del recurrente sobre el incumplimiento del artículo 120 TRLCSP, debe recordarse que, en relación con el alcance del citado precepto, este órgano resolutorio ha señalado (Resoluciones 17/2013, 91/2013, 118/2013, 3/2014 y 23/2014) que la finalidad del art. 120 TRLCSP es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales para preparar su oferta económica y, asimismo, que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con las normas laborales o convenios colectivos. Por ello, no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto. No obstante, la información que figure en el PCAP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP) y de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar el cumplimiento del artículo 120 TRLCSP.

Sentado lo anterior, deben analizarse las dos objeciones que el recurso achaca a la información que, en cumplimiento del artículo 120 TRLCSP, contiene el Anexo III del PCAP: por un lado, la falta de datos sobre las concretas condiciones de los contratos, y por otro, la indebida mención de la «minoración aproximada del 62%». Sobre la primera cuestión, debe hacerse notar que

el recurrente es el anterior adjudicatario del contrato y quien está obligado, según el artículo 120 TRLCSP, a facilitar la correspondiente información. Es por ello que no puede aceptarse que pueda formular objeción alguna a la suficiencia de una información que él mismo ha proporcionado y que se refiere a una situación que sólo él conoce exhaustivamente.

El único reparo que podría plantear es que los Pliegos no consignan los datos que proporcionó al órgano de contratación y no reflejan fielmente la imagen de los costes laborales del contrato, (haciendo ver a sus competidores potenciales que la rentabilidad esperable es mayor que la real, p.ej.). Sin embargo, tal reparo no ha sido alegado en el recurso ni se deduce del expediente, por lo que el motivo de impugnación debe desestimarse.

Tampoco merece reproche la mención de que «del servicio anterior al nuevo servicio a contratar/prestar existe una minoración aproximada del 62%», minoración que se justificaría en razón de reducción del objeto del contrato, automatización y uso de medios propios, no puede considerarse, en principio, contraria a la legalidad. No se trata de una limitación al alcance de la subrogación, el cual sólo puede determinarse por el Convenio o norma laboral aplicable, sino de una advertencia a los licitadores potenciales de que la nueva configuración de la prestación puede requerir una dotación menor de recursos humanos.

5.9 CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

Ver doctrina incluida en el apartado 1.4 Contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso.

6. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PROPOSICIONES

6.1 DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA

6.1.1 Falta de firma

Resolución 44/2012

UNDÉCIMO: En el informe de la UPV/EHU se sostiene que la oferta de Servicio de Asistencia y Post-venta carece de firma. Según el mismo «(...) dicha falta de firma implica que el apartado correspondiente de Servicio de Asistencia y Post-venta no debe tenerse en cuenta por no disponerse de refrendo o compromiso de cumplir el tiempo de respuesta indicado en la oferta en caso de que la UPV/EHU requiera el Servicio de Asistencia Post-venta. Esta falta de compromiso explícito es crucial (...)».

En primer lugar debe decirse que la oferta sobre servicio técnico y garantía, donde se recoge el tiempo de respuesta y el suministro de recambios, está recogida en cinco páginas (folios 118 a 114), estando firmada la última página. No se puede compartir la tesis del informe de la UPV/EHU de que no hay un compromiso o refrendo de cumplimiento, puesto que iría en contra del principio de concurrencia no valorar estos apartados mediante la presunción infundada de que el licitador únicamente ha otorgado refrendo o compromiso a la última de las páginas porque se encuentra firmada. En cualquier caso, si la UPV/EHU tenía dudas sobre el compromiso del licitador debió desvelar tal incertidumbre acudiendo a la aclaración de la oferta. Este órgano resolutorio ya ha manifestado en otras ocasiones que la sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto T-195/08, Antxerpse Bouwwerken NV/Comisión) se ha pronunciado sobre la contradicción del contenido de las ofertas que pueden explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. Esta sentencia en su punto 57 señala que:

Además, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse

a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union y otros, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 60). Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste.

Además, debe tomarse también en consideración la línea jurisprudencial que está siguiendo el Tribunal Supremo desde el año 2004 (STS de 6 de julio de 2004 y 21 de septiembre de 2004), dictadas en recursos de casación para unificación de doctrina. Dicha jurisprudencia considera que la falta de firma es un defecto subsanable, y dado que la ley especial (LCSP) no regula este aspecto le será de aplicación la LRJPAC.

6.1.2 Error de cuenta en la suma

Resolución 59/2012

OCTAVO: Una vez comprobada la existencia del error y que, a pesar de ello, la oferta puede ser viable, la cuestión a dilucidar es si el error puede o no ser subsanado o aclarado por el operador recurrente, sin que ello le suponga ventaja alguna respecto de los demás licitadores que altere el principio de igualdad de trato.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 4/2011, de 14 de abril, valora la adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos, y distingue entre requisitos materiales y formales. A juicio del Tribunal «el límite material, es estricto, y no admite flexibilidad, salvo en aquellos supuestos en que los propios Pliegos hayan permitido variantes y, específicamente, hayan previsto que las mismas podrán superar el presupuesto de licitación». Por el contrario, «el límite formal, sin embargo, no es tan riguroso, y el propio artículo 84 RGLCAP establece que el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno, o la otra, no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición». Concluye el Tribunal afirmado que «Un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 LCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos».

Asimismo, según reiterada jurisprudencia del TJUE, el órgano de contratación ha de respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores y, en consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 [TJCE 2004, 125] , Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, apartado 108; véanse también, en este sentido, las sentencias del Tribunal General de 12 de julio de 2007, Evropaïki Dynamiki/ Comisión, T-250/05, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada, y de 12 de marzo de 2008,

European Service Network/Comisión, T-332/03, apartado 122). Estima dicha jurisprudencia que una competencia no falseada, como la prevista por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos.

El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 284], SIAC Construction, C-19/00, apartado 34, y de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369], Universale-Bau y otros, C-470/99, apartado 93).

Este principio queda reflejado, entre otros, en los artículos 1, 99.2 y 129.1 de la LCSP. Sin perjuicio de primacía del principio de igualdad, este órgano resolutorio ha aludido en otras ocasiones a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Asunto T-195/08, Anterpe Bouwwerken, apartado 57) que en relación al principio de proporcionalidad señala que:

(X) Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste.

En el caso que nos ocupa la ambigüedad, ya explicada varias veces, consiste en que la suma de los distintos sumandos no concuerda con el resultado final. Detectada la contradicción, la mesa de contratación pudo haber solicitado al licitador que aclarara el contenido de su oferta en el aspecto controvertido. Incluso pudo haber advertido que si la aclaración alteraba la oferta supondría su no admisión puesto que eran públicos los resultado del sobre «B» de criterio valorable mediante aplicación de fórmulas. En definitiva, hubiera bastado con que se pidiera al hoy operador recurrente que confirmara si había un error en el resultado de la suma y no en los sumandos. Esta confirmación ha venido posteriormente cuando en el escrito de recurso se afirma en varias ocasiones que todo obedece a un mero error mecanográfico y que el número total de horas de dedicación en obra ofertado es de 23 por semana.

La estimación de la pretensión del operador recurrente de ninguna manera supone una alteración de los principio de igualdad de trato y transparencia, por no suponer la aclaración ventaja alguna respecto del resto de competidores ni alteración alguna de la oferta inicial.

6.1.3 No debe tenerse en cuenta el IVA para valorar el precio

Resolución 60/2013

NOVENO: La cuestión determinante para la resolución del recurso es si al valorar las ofertas debe considerarse el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o si, por el contrario,

debe excluirse esta partida. La importancia de adoptar uno u otro criterio radica en que, según el artículo 20 Uno 1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, el objeto del contrato (prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a ellas que constituyan el servicio postal universal) está exento de ese tributo únicamente cuando el prestador sea el operador u operadores que se comprometen a prestar todo o parte del mismo, por lo que al procedimiento de licitación pueden concurrir licitadores comprendidos en la exención con otros a los que no les es aplicable.

Previamente, hay que señalar que la respuesta a la cuestión es independiente de que el artículo 88.1 TRLCSP establezca que el IVA no entra en el cómputo del valor estimado del contrato, pues este concepto, como bien señalan el órgano de contratación y la empresa alegante, es relevante únicamente a efectos procedimentales, pero no forma parte del contenido del contrato perfeccionado. Por el contrario, sí es relevante para el debate planteado si el IVA es o no parte del precio contractual, entendido como retribución percibida por el contratista en concepto de contraprestación al servicio prestado al poder adjudicador. En este sentido, es preciso determinar si el IVA es parte del precio a los efectos de comparar unas ofertas con otras para determinar cuál es la más barata, o si las ofertas se deben comparar sin tener en cuenta este tributo, aunque haya concurrencia de ofertas exentas con otras no exentas.

Esta cuestión ha sido ampliamente tratada en los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/2008 y 26/2008, a cuyo contenido se remite este Órgano. En ellos se concluye que no debe tenerse en cuenta el IVA a la hora de valorar el precio en las ofertas cuando concurren empresas exentas con empresas sujetas a IVA, sin perjuicio de que estas últimas hagan constar por separado en su oferta el importe del citado impuesto, como pide el artículo 87.1 TRLCSP, pues lo contrario supondría incurrir en una desigualdad y tratamiento discriminatorio a los licitadores (artículo 1 del TRLCSP). Comparar las ofertas económicas sin tener en cuenta el IVA no supone dejar sin efecto las normas fiscales por las que se concede una exención o beneficio fiscal. El reconocimiento de una exención subjetiva en materia fiscal es siempre una norma de carácter excepcional que como tal debe ser interpretada restrictivamente, sin que pueda extenderse a personas que no sean estrictamente las indicadas en la Ley ni a actos respecto de los cuales sea dudosa la procedencia de aplicarla, como es el caso de la contratación administrativa, en la que impera el interés general que debe presidirla y que exige el tratamiento no discriminatorio de todos los licitadores. Asimismo, el Informe 43/2008 de la misma Junta especificó que el término «precio» debe ser entendido como el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista, definición que excluye el importe pagado en concepto de IVA, el cual debe ser finalmente ingresado en la Hacienda competente.

El órgano de contratación alega que en el pliego de cláusulas administrativas particulares ya figuraba el sistema de valoración del precio y que en él constaba el IVA, sistema que la Administración se ha limitado a aplicar y que el recurso pretende ahora sustituir por otro distinto en el que no se incluya el IVA, lo que es tanto como impugnar ahora los Pliegos que no se recurrieron en tiempo y forma y que por ello han pasado a ser la ley de la licitación que el poder adjudicador y los licitadores deben respetar. Esta alegación no puede ser aceptada, porque los Pliegos simplemente requieren un desglose de la oferta detallando los precios unitarios finales, con desglose del precio base y del IVA, de conformidad con lo estipulado en el artículo 87.2 del TRLCSP, lo que no supone que para comparar las ofertas más ventajosas se tenga que tener en cuenta el IVA, por los argumentos y razones ya mencionados. Además, no parece que la redacción del Pliego haya querido resolver el

caso de la posible concurrencia entre licitadores exentos y no exentos de IVA, cuestión que ha de solventarse de acuerdo con la doctrina expuesta, lo que conduce a la estimación del recurso.

6.1.4 Superación de un precio unitario señalado por la Administración

Resolución 113/2013

NOVENO: La cuestión que debe dilucidarse para resolver el procedimiento es si la superación por la oferta del recurrente de varios de los precios unitarios en los que se descomponen los lotes de la licitación es motivo suficiente para su exclusión, cuando no se ha superado el presupuesto máximo del lote. Para ello, debe partirse de la relevancia de los citados precios unitarios, deducida del contenido de los Pliegos y demás documentos contractuales.

El contrato se configura como una relación de tracto sucesivo y carácter periódico, por la cual el adjudicatario se compromete, durante la vigencia del contrato, a la realización de ciertos trabajos, según las demandas que, en correspondencia con sus necesidades efectivas, le formule el poder adjudicador (punto 3 de la carátula del PCAP).

El objeto adquirido no es pues la obtención de un resultado concreto (como en el caso de los contratos de obras, p.ej.), sino la disponibilidad del contratista para la ejecución de dichos trabajos durante un periodo de tiempo a cambio de una serie precios unitarios, distintos para cada tipo de prestación. Los precios unitarios significan, por un lado, la base del cálculo del presupuesto máximo del lote una vez multiplicados por el número de unidades estimadas para cada tipo de prestación (ver el documento «addenda de precios unitarios», incluido en el modelo de oferta económica, anexo a su vez del PCAP), y por otro, el modo de cálculo de la remuneración del adjudicatario por los servicios efectivamente realizados (punto 4.1 de la carátula del PCAP). El presupuesto máximo del lote es únicamente el límite máximo del gasto que puede asumir la Administración contratante y que no puede rebasarse durante la ejecución del contrato salvo que se modifique su importe en los casos y mediante el procedimiento legalmente previstos, pero es una magnitud secundaria en el sentido de que se obtiene a partir de los precios unitarios de cada prestación, que son los que de verdad representan el núcleo de la prestación contratada. La superación de un precio unitario señalado por la Administración, aunque ello no implicase superar el presupuesto máximo global porque el exceso se compensara con descensos en otros precios unitarios, supondría alterar las previsiones de la Administración en cuanto al número de unidades de la prestación afectada que se estima que van a demandarse, y podría suponer tener que aceptar una proposición que ofertara un precio unitario igual al presupuesto máximo previsto para un tipo de prestación aunque eso implicara que sólo podría adquirirse una unidad estando estimada la adquisición de, por ejemplo, cientos de ellas. Tal resultado absurdo sería contrario al sentido común, pues desvirtuaría la definición previa de las necesidades administrativas que se pretende satisfacer (artículo 1 TRLCSP), fundamento último de la actividad contractual de las entidades del sector público.

Dado que todo ello se deriva de la naturaleza del contrato y está reflejado claramente en los Pliegos y en el modelo de oferta, lo de menos es que no haya una disposición expresa que

prohíba superar el precio unitario máximo, ya que es evidente la falta de adecuación de la oferta a los Pliegos que rigen la licitación y la procedencia de aplicar el artículo 84 RGLCAP.

6.1.5 Libertad de configuración de la oferta

Resolución 117/2014

La documentación solicitada a la que hace referencia este fundamento jurídico es necesaria, como expresamente afirma el PPT, para la adecuada valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Por ello, la apreciación de si la documentación aportada por el adjudicatario impugnado es o no suficiente no debe ser excesivamente formalista; únicamente si dicha documentación es tan incompleta que no permite conocer cuál es la propuesta de la empresa la consecuencia debe ser la exclusión de la proposición. Las demás insuficiencias de la documentación técnica pueden tener como consecuencia una puntuación más baja en los criterios de valoración, pero no la exclusión. En cualquier caso, lo relevante es que la información requerida conste, no siendo relevante que ésta se presente u organice de una forma concreta (a menos que así lo exijan los propios Pliegos).

Resolución 134/2014

Sin embargo, este Órgano entiende que no sería proporcionada la exclusión de una proposición, que materialmente y de forma inequívoca contiene toda la información necesaria para su valoración, sólo por el hecho de que la presentación de dicha información no sigue el modelo expuesto en la documentación contractual o un esquema formal concreto (ver, por ejemplo, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP). La aplicación de este principio antiformalista es particularmente adecuada en este contrato, en el que concurren varias circunstancias peculiares. En primer lugar, a pesar de que se trata de una prestación complicada, compuesta en cada uno de los lotes de una variedad y multiplicidad de servicios diferentes, no se aporta un modelo de oferta que pudiera facilitar la elaboración de las proposiciones. En segundo lugar, a pesar de que se trata de un contrato por precios unitarios, la Administración no solo no fija precios unitarios máximos sino que ni siquiera señala cuáles son las unidades que se contratan, pues se limita a solicitar ciertos servicios, dejando esta determinación en manos de los licitadores, que tienen libertad para configurar dichos precios unitarios como crean más oportuno —por unidades de tiempo, de volumen de datos, con tarifa plana, con coste de alta por servicio o sin ella, etc.— Es razonable entender que a este peculiar diseño del objeto del contrato, cuya justificación no se discute ahora por no ser pretensión del recurso, debe corresponder una amplia libertad formal en la presentación de las ofertas, siempre que conste, de cualquier modo claro, los datos imprescindibles exigidos por los pliegos para valorar las ofertas. A juicio de este Órgano, tales datos son el precio de los servicios solicitados en el PBT, fijados unitariamente de la manera que el licitador prefiera, y el importe que debe servir para la evaluación de la oferta económica (PGR), calculado en coherencia con dicho precio.

6.1.6 Confidencialidad

Resolución 60/2014

Tal y como indican las partes en conflicto, la confidencialidad de la información está recogida en el artículo 140.1 del TRLSP —ratificado en la cláusula 16.2 del PCAP— que admite que los licitadores puedan designar como confidencial determinada información que hayan facilitado en su oferta. Mientras que el artículo 153 del propio texto refundido —confirmado, también, en la cláusula 26.2.3 del PCAP— permite al órgano de contratación no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. Además, el artículo 151.4, referido a la motivación de la adjudicación, en el párrafo 2º de su letra c) prevé que será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.

Como indica la Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales invocada por la UTE adjudicataria «(...), en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario». Por su parte, el Informe 15/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón afirma que «(...), la tensión entre confidencialidad y transparencia alcanza su momento de más difícil resolución cuando el órgano de contratación debe cumplir la obligación legal de notificar la adjudicación del contrato, facilitando la información necesaria para que el licitador pueda interponer, en su caso, recuso suficientemente fundado contra la misma (artículo 151.4 del TRLCSP)».

La declaración de confidencialidad tiene repercusión en dos momentos distintos el procedimiento de adjudicación. En un primero, cuando se permite a los licitadores que designen confidencial determinada información. A este respecto, el PCAP del contrato dispone de un Anexo XI de «Modelo de designación como confidencial de informaciones facilitadas por la empresa». Del expediente remitido por Osakidetza se observa que dentro del plazo de presentación de la oferta la UTE declaró confidencial íntegramente todo el sobre «C» de oferta técnica. Posteriormente, frente al escrito de 11 de abril de 2014 del recurrente solicitando la vista del expediente, consta un escrito de la UTE de 22 de abril de 2014 matizando la designación inicial y declara confidenciales, por razón de su vinculación a secretos técnicos o comerciales, el índice y del apartado 1.1.8 de «Medidas para el incremento de la eficiencia de los trabajos».

En un segundo momento, la atribución de confidencial a determinada documentación tiene su reflejo en la notificación de la adjudicación y en la información sobre el resultado del procedimiento, donde el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. A este respecto, debe indicarse que las características y ventajas de la proposición del adjudicatario y la exposición resumida de las razones por las que se han desestimado

las candidaturas descartadas que motivan la adjudicación del contrato son un reflejo prácticamente exacto del contenido del informe técnico sobre los criterios que requieren realizar un juicio de valor, que no está fechado, aunque debe suponerse que su realización tuvo lugar entre la sesión de la mesa de apertura de los sobres que contenían dichos criterios (13 de febrero de 2014) y la sesión en que tuvo lugar la lectura de sus valoraciones (21 de marzo de 2014).

También es preciso señalar que ni en los criterios de adjudicación que requieren un juicio de valor, ni en el contenido del informe técnico que los analiza, ni en la Resolución de adjudicación, se citan las «Medidas técnicas para el incremento de la eficiencia en los trabajos» que el adjudicatario designa confidenciales.

Llegados a este punto, cabe plantearse si los documentos sobre «Medidas técnicas para el incremento de la eficiencia en los trabajos» han sido relevantes para la motivación de la adjudicación porque de ser así y si han condicionado la valoración de las ofertas deberían formar parte de la información sobre la ventajas y características de la oferta del adjudicatario que permite a un licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado (artículo 151.4 del TRLCSP).

En definitiva, debe analizarse si la Resolución de adjudicación, tal y como fue notificada a los licitadores, está suficientemente motivada y ha permitido al recurrente formular su reclamación con el conocimiento de la información necesaria o si, por el contrario, se han omitido aspectos que han podido ser relevantes en la valoración de las ofertas, en especial de la documentación sobre «Medidas técnicas para el incremento de la eficiencia en los trabajos».

Examinados el citado punto 1.1.8 de la oferta técnica de la UTE declarada confidencial, se observa que en su mayor parte se refiere a la incorporación de equipos y materiales, así como de un estudio de implantación de un producto, que al margen de las dudas que puede suscitar su carácter confidencial, no tienen reflejo alguno ni en el informe técnico ni en la propia Resolución de adjudicación. Por tanto, no puede atenderse a la pretensión del recurrente sobre el desconocimiento del contenido de los documentos declarados confidenciales y su repercusión en la motivación de la adjudicación.

6.1.7 Oferta integrada

Resolución 113/2014

A juicio de este OARC/KEAO, la cláusula debatida de los pliegos impugnados ha configurado el sistema de licitación conocido como «oferta integrada». Dicho sistema, no expresamente regulado en el TRLCSP pero plenamente compatible con él y utilizado desde antiguo en la práctica de la contratación pública, sí está mencionado en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones; asimismo, se recoge en el artículo 46.3 y el considerando 79 de la Directiva sobre contratación pública 2014/24. En síntesis, los rasgos del sistema son los siguientes:

- En un contrato dividido en lotes, los licitadores tienen la posibilidad de presentar oferta a uno o varios lotes, y también pueden presentar una oferta a una combinación de varios o todos los lotes.
- Los pliegos deben prever un método de aplicación de los criterios de valoración que permita comparar ofertas en principio heterogéneas, es decir, aquéllas que licitan a uno o varios lotes y aquéllas que presentan una oferta combinada, de modo se pueda determinar de un modo objetivo y transparente cuándo la adjudicación a la oferta combinada es económicamente más ventajosa que la adjudicación a las ofertas a los lotes integrados en dicha combinación.

De los apartados 3 y 16 de la carátula del PCAP se deduce que los licitadores pueden ofertar a los lotes 1 y 2 o a ambos y, además, los que presenten ofertas a ambos pueden presentar una oferta al lote 3 o «lote integrador». El objeto de este lote integrador comprende la suma de las prestaciones de los lotes 1 y 2, y queda claro que la adjudicación se puede producir, alternativamente, a una oferta al lote integrador o a ofertas a los lotes 1 y 2, siendo estas dos posibilidades excluyentes, de forma que no hay riesgo alguno de formalización de dos contratos con objeto duplicado.

Por su parte, el citado punto 16 de la carátula establece un método de comparación de las ofertas a los lotes 1 y 2 con las ofertas al lote integrador que este OARC/KEAO considera objetivo, transparente y conforme con los principios generales del TRLCSP, en especial los de igualdad y oferta económicamente más ventajosa. Dicho sistema es el siguiente:

- Se procederá a la suma de la puntuación total de las mejores ofertas para los lotes 1 y 2 —con independencia de que hayan sido formuladas por distintos licitadores—, y se compararán con la puntuación con cada una de las ofertas realizadas para el lote integrador.
- La adjudicación se efectuará a favor de los lotes 1 y 2 cuando la suma de la puntuación obtenida por las ofertas que obtengan la mayor puntuación para los lotes 1 y 2 sea mayor que la obtenida por la mejor oferta para el lote integrador; por el contrario, cuando la puntuación de la mejor oferta al lote integrador sea igual o superior a la suma de puntuación de las ofertas que obtengan la mayor puntuación para los lotes 1 y 2, la adjudicación se efectuará a la oferta al lote integrador.

De todo lo anterior se deduce que el contenido de los pliegos impugnados es conforme a derecho y que el recurso debe desestimarse.

6.1.8 Error

Resolución 73/2014

NOVENO: La primera pretensión sobre la que este Órgano debe decidir es la trascendencia del denominado «error material» del adjudicatario en la presentación de su oferta, en concreto, la referencia a «un par de fibras ópticas» para el enlace de EJIE-PdP-Red Iris

cuando las prescripciones técnicas exigían cuatro para el enlace PdP de i2basque, habida cuenta de que la oferta económica sí hace referencia a cuatro para este último enlace. Este Órgano considera que esa parte del contenido de la oferta no puede considerarse un error material. La oferta técnica no deja lugar a dudas sobre el número de fibras que ofrece y hasta en dos ocasiones (folios 133 y 138 del expediente) habla claramente y sin lugar a dudas de un par de fibras. No hay en el resto de dicha oferta ningún indicio de que ese número obedezca a un error patente y evidente, derivado de un mal cálculo matemático o de una equivocación elemental de transcripción cuya corrección pueda rehacerse consultando otros datos del documento. Dicho de otro modo, no hay ninguna razón para creer que la verdadera voluntad del licitador fuera distinta de la que meridianamente ha expresado, que es la de presentar un proyecto técnico con dos fibras para el enlace «EJIE-PdP-Red Iris». A estos efectos, es irrelevante la confesión de la propia empresa de que se trata de un error material y que la intención era cumplir con las cuatro fibras y el enlace que exigen las prescripciones técnicas, no sólo por ser una declaración interesada, sino porque, incluso en el caso de que ello fuera cierto, el licitador no puede exigir al poder adjudicador que compense su falta de diligencia en la elaboración de la proposición con una interpretación de la misma que le sea favorable y contraria a su claro contenido. Tampoco es aceptable la alegación de que se ha formulado una declaración expresa de acatamiento de los pliegos, pues llevado el argumento al extremo, supondría que tal declaración (que el artículo 145.1 TRLCSP presume por la simple presentación de la proposición) haría innecesario el contraste de la oferta técnica con dichos pliegos para comprobar su adecuación. Debe observarse, también, que la exigencia de documentación técnica distinta de la referida a los criterios de valoración matemática era superflua, pues no constituían criterios de adjudicación; sin embargo, una vez solicitada, es claro que no puede pasarse por alto su contenido. Llegados a este punto, debe concluirse que la oferta debió ser excluida. El hecho de que el sobre de la oferta económica sí se refiera a las cuatro fibras para el enlace no obsta a esta conclusión, ya que, como bien dice el recurrente, tal referencia es parte del propio modelo de oferta y no declaración elaborada por el licitador, por lo que muy difícilmente podía cumplimentarse de otra forma. Por otro lado, en el mejor de los casos, incluso aunque se aceptara que la oferta económica sí cumple con los Pliegos, ello llevaría como mucho a entender que existe una evidente contradicción entre ella y la documentación técnica que impide conocer la verdadera voluntad del licitador y conduciría igualmente a la exclusión (ver el fundamento jurídico octavo de la Resolución 18/2012 de este Órgano). Dicha contradicción solo podría salvarse con la solicitud de una aclaración que le facultara a optar interesadamente entre dos sentidos opuestos, lo que sería inaceptable, como bien reconoce el propio poder adjudicador en su informe, pues supondría, de hecho, aceptar una modificación de la proposición en un procedimiento abierto, en el que no se permite tal circunstancia (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29/3/2012, C-599/10).

6.1.9 Oferta contradictoria

Resolución 109/2013

NOVENO: Sentada la improcedencia de la solicitud de aclaración, debe determinarse qué tratamiento debió darse a la oferta impugnada. Para ello, debe partirse de que, por lo que

importa al objeto de esta resolución, el modelo de oferta señalado en el PCAP indica que el licitador se compromete a prestar el servicio

... por el precio de euros, del que corresponde al 21% de IVA euros.

Por su parte, la oferta de Limpiezas Villar señala que se compromete a prestar el servicio «... por el precio de NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA EUROS CON VEINTITRES CENTIMOS DURANTE EL PLAZO DE CUATRO AÑOS (954.730,23 € / CUATRO AÑOS) del que corresponde al 21% del IVA DOSCIENTOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS CON TREINTA Y CINCO CENTIMOS DURANTE EL PLAZO DE CUATRO AÑOS (200.493,35 €/ CUATRO AÑOS)».

Del contraste entre el modelo y la oferta del adjudicatario se deduce que, aunque ésta ha respetado formalmente aquél, existe una contradicción interna en la proposición del adjudicatario. Por un lado, los términos «... del que corresponde al 21% de IVA...» dejan claro que la cifra total del precio es de 954.730,23 euros, la cual comprende la cuota del IVA, en este caso 200.493,35 euros. Sin embargo, a una cuota de IVA con tipo del 21% y por valor de 200.493,35 euros le correspondería una base imponible de 954.730,23 euros, para un precio total de 1.155.223,58 euros. Es evidente, por lo tanto, que ambas cantidades (precio global y cuota de IVA), señaladas ambas por la recurrente en su oferta, son incoherentes y que al menos una de ellas es incorrecta, no siendo posible conocer cuál es la verdadera voluntad del licitador, lo que debió conllevar la exclusión motivada de la oferta, en los términos de la doctrina expuesta en el apartado anterior.

6.2 OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS

6.2.1 Imposibilidad de apreciar anormalidad sin fórmula previa (en procedimientos con varios criterios de adjudicación)

Resolución 70/2013

NOVENO: Respecto al procedimiento de apreciación de oferta anormal o desproporcionada, debe recordarse que, cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios, sólo procede la aplicación de dicho procedimiento cuando el órgano de contratación ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 152.2 TRLCSP, fijando en los Pliegos los parámetros con los que se puede considerar, inicialmente, que la proposición no puede ser cumplida (ver, por ejemplo, la Resolución 32/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). No siendo éste el supuesto del contrato analizado, no procede que el órgano de contratación examine si hay o no ofertas anormales o desproporcionadas. En contra de lo que alega el recurso, la cláusula 33 de la carátula del PCAP es clara en manifestar la voluntad del órgano de contratación de no utilizar parámetro alguno de anormalidad, puesto que la normativa a la que se refiere, los artículos 85 y 86 del RGLCAP, están pensadas para adjudicaciones en las que el único criterio es el precio más bajo

(la antigua subasta) y el artículo 90 del RGLCAP impide la aplicación al concurso (actualmente, la adjudicación con uso de varios criterios) de los preceptos establecidos para la subasta en los citados artículos. Asimismo, debe señalarse que, cuando alega que el artículo 90 RGLCAP no es aplicable porque se refiere al concurso y el contrato se adjudica por procedimiento restringido, el recurrente está confundiendo los procedimientos de adjudicación (artículo 138.2 TRLCSP, en el caso, el restringido) con las formas de adjudicación (artículo 150.1 TRLCSP, en el caso, uso de varios criterios). Todo ello conduce a la desestimación del motivo.

6.2.2 Fórmula de anomalía o desproporcionalidad que no puede aplicarse sin incurrir en arbitrariedad

Resolución 114/2013

NOVENO: El recurso denuncia, en primer lugar, la infracción de la cláusula 17 del PCAP y de la normativa que rige la apreciación de que una oferta está incurso en sospecha de ser anormal o desproporcionada. En concreto, se alega que el adjudicatario impugnado estaba incurso en dicha sospecha y que, sin embargo, no se tramitó el procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP para que la empresa pudiera justificar que su proposición puede ser cumplida. El parámetro de la temeridad está expresamente señalado en el PCAP, tal y como pide el artículo 152.2 TRLCSP, y consiste en una remisión al artículo 85 RGLCAP. Este precepto establece los criterios que deben seguirse para determinar la temeridad en las subastas (en la actual terminología legal, adjudicaciones al precio más bajo), pero no hay, en principio, inconveniente legal en que el poder adjudicador lo elija como parámetro en los procedimientos con uso de varios criterios. No obstante, la combinación del contenido del artículo 85 RGLCAP con las carencias del PCAP hace inviable en este caso la aplicación del sistema de baja anormal o desproporcionada, como se argumenta a continuación.

El artículo 85 RGLCAP compara las bajas con el presupuesto base de licitación. El objeto del contrato analizado es una relación sucesiva y periódica remunerada con dos precios unitarios distintos, uno para cada uno de los dos tipos de prestaciones que comprende (horas ordinarias y horas festivas), por lo que el presupuesto base de licitación es aquí una magnitud secundaria, en el sentido de que su importe es el resultado de multiplicar las horas por sus precios unitarios. Sin embargo, en el Pliego se indica un presupuesto global máximo y el importe máximo de cada uno de los dos precios unitarios, pero no se ofrece el dato del peso relativo de cada uno de los dos tipos de prestaciones en el presupuesto global; dicho de otro modo, se desconoce, siquiera estimativamente, la proporción de horas ordinarias y extraordinarias en el total de horas que la Administración va a solicitar. Esta carencia está implícitamente admitida por el órgano de contratación, que la suple acudiendo a la proporción 4 a 1, deducida, al parecer, de la ponderación del precio de cada horario como criterio de adjudicación; sin embargo, el mismo órgano reconoce que la experiencia de la ejecución del contrato en ejercicios anteriores señala que la proporción es cercana a 97 a 3. En cualquier caso, es claro que la documentación contractual no contiene información suficiente para que los licitadores puedan conocer cuál es el baremo para apreciar la temeridad ni, desde luego, para que el poder adjudicador pueda decidir si está obligado o no a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP, insuficiencia que no puede compensarse improvisando

fórmulas no establecidas en los Pliegos, pues ello supondría interpretar en perjuicio de quien no ha provocado el problema interpretativo una cláusula oscura y, en definitiva, una actuación arbitraria. En este sentido, se recuerda que el principio de transparencia, el cual es en el ámbito de la contratación pública instrumento del principio de igualdad (artículo 1 TRLCSP), implica que los licitadores deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los datos relevantes para la determinación de la oferta más ventajosa, así como que esos datos deben ser lo bastante claros como para ser interpretados de la misma forma por todos los licitadores que se conduzcan con un grado normal de diligencia, exigencias que no cumple el parámetro de temeridad escogido (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, 24/11/2005, asunto C-331/04, de 12/11/2009, asunto C-199/07, de 16/2/2012, asunto C-77/2010 y de 10/5/2012, asunto C-368/10).

Tampoco es aceptable aplicar el artículo 85 RGLCAP sobre cada uno de los precios unitarios, como pretende el recurrente. En primer lugar, tal fórmula tampoco está claramente prevista en los Pliegos, por lo que le sería aplicable el reproche expuesto en el párrafo anterior. Por otro lado, sería contrario a la finalidad última del procedimiento de apreciación de la temeridad, que es comprobar si la oferta puede o no ser normalmente cumplida. Carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque podría concluirse que la desproporción en uno de los precios unitarios podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto. Nótese que, sin embargo, para llegar a esa conclusión haría falta conocer el peso relativo de cada precio unitario en el presupuesto global, dato que, como se ha señalado, no consta en la documentación contractual.

Llegados a este punto, hay que concluir que no es posible aplicar el parámetro de apreciación de oferta anormal o desproporcionada previsto en el PCAP sin incurrir en arbitrariedad, la cual se origina porque no se ha consignado en los Pliegos un parámetro objetivo para apreciar la anormalidad de la oferta, como pide el artículo 152.2 TRLCSP, sino un clausulado que permite a la Administración interpretarlo arbitrariamente en perjuicio de los principios de igualdad y trato no discriminatorio, lo que conlleva que merezca la sanción de nulidad de pleno derecho (ver la Resolución 69/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, y la Resolución 31/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, p.ej.).

Resolución 74/2013

Una consolidada doctrina señala que, a diferencia de lo que sucede en los procedimientos adjudicados en atención única al precio más bajo, en los que se adjudican con uso de varios criterios sólo es posible apreciar la existencia de ofertas anormales o desproporcionadas si previamente se han fijado los parámetros objetivos a los que se refiere este precepto (ver, por todas, la Resolución 314/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). No hay inconveniente legal en que dichos parámetros se fijen, como en el caso analizado, por remisión a los que reglamentariamente se prevén para la subasta (anterior denominación de la adjudicación al precio más bajo), puesto que se cumple el requisito de la objetividad. Sin embargo, el punto 11 de la carátula no hace una remisión pura y simple al artículo 85 del RGLCAP, sino que añade el requisito previo de que exista «igualdad de condiciones técnicas», que no figura en el citado precepto. No es fácil entender a qué se refiere esa mención. Para empezar, en la adjudicación de un contrato mediante el uso de

varios criterios la desigualdad de las condiciones técnicas de las ofertas es consustancial al procedimiento, es más, es precisamente la razón de ser de esta forma de adjudicación (ver, por ejemplo, las letras b) y g) del artículo 152.3 TRLCSP), por lo que el hecho de que todas las ofertas sean técnicamente idénticas sería desde un punto de vista estadístico altamente improbable, lo que en la práctica supondría la inaplicabilidad de la cláusula, que no es la intención del órgano de contratación. Tampoco se puede referir a la igualdad de puntuación en la valoración técnica, no sólo porque lo desmiente la literalidad del texto, sino porque sería muy improbable que todas las ofertas obtuvieran la misma, lo que igualmente conllevaría la inaplicación práctica de la cláusula, además de que no parece que ello tenga relación con la posibilidad de que la proposición pueda ser efectivamente cumplida. Finalmente, entender que las ofertas, aun siendo distintas, están en igualdad de condiciones técnicas cuando respetan las prescripciones técnicas de los pliegos es una interpretación que se debe descartar porque convierte la cláusula en superflua, pues dicho respeto se presume de todas las ofertas cuyo precio se está valorando, pues de lo contrario habrían sido excluidas. Es sorprendente y revelador que ni en el procedimiento de apreciación de temeridad ni en las alegaciones formuladas con ocasión de este recurso especial el poder adjudicador haya sido capaz de explicar si se ha cumplido y en qué consiste el requisito de la «igualdad de condiciones técnicas», lo que abunda en la idea de que no se trata de una estipulación clara. En cualquier caso, ninguna de las interpretaciones de la mención debatida permitiría aplicar el procedimiento de apreciación de baja anormal al recurrente, pues las ofertas implicadas ni son iguales técnicamente ni tienen la misma puntuación, lo que lleva a anular las actuaciones realizadas. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta el principio según el cual la interpretación de una cláusula contractual confusa no puede beneficiar a la parte que ha provocado la oscuridad o, lo que es lo mismo, no puede perjudicar a quien no es responsable de la dificultad interpretativa (ver el artículo 1.288 del Código Civil y las Resoluciones 49/2011 y 166/2013 del TACRC); en este caso la cláusula es responsabilidad del poder adjudicador y la oscuridad no puede perjudicar al recurrente.

Todo lo anterior lleva a considerar que la infracción legal no se produce únicamente por la actuación de la Administración en la licitación, sino que tiene su origen en que no se ha consignado en los Pliegos un parámetro objetivo para apreciar la anormalidad de la oferta, como pide el artículo 152.2 TRLCSP, sino ante un concepto jurídico no sólo indeterminado (como reconoce el propio órgano de contratación) sino tan genérico y confuso que permite a la Administración interpretar arbitrariamente la cláusula en perjuicio de los principios de igualdad y trato no discriminatorio, lo que conduce a la declaración de nulidad de la cláusula debatida (ver la Resolución 248/2012 TACRC). La nulidad no se extiende al resto del contenido de los pliegos, cuyo contenido se mantiene, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 30/1992.

6.2.3 Fórmula con un umbral de anormalidad constante respecto al presupuesto

Resolución 80/2014

DÉCIMO: Como ha quedado expuesto, el recurrente critica el contenido del punto 16 de la carátula del PCAP en lo referente al umbral de desproporcionalidad para las ofertas económicas, que se fija en un porcentaje de baja superior a un 10% sobre el presupuesto base de licitación. Estima que en estos términos se induce a los licitadores a que presenten ofertas que igualen este límite, de modo que al ser las ofertas económicas iguales la adjudicación del contrato dependerá exclusivamente de los criterios que requieran la realización de un juicio de valor.

Este Órgano Resolutorio ha tenido ocasión de manifestarse en distintas ocasiones acerca de la finalidad de las cláusulas sobre valores anormales o desproporcionados. Así, en la Resolución 37/2014, de 4 de abril, se afirmaba que:

(...) Debe recordarse la naturaleza y función de la figura de la oferta anormalmente baja o desproporcionada (también conocida, usando terminología procedente de la legislación anterior, como «baja temeraria»), tal y como la delimitan el TRLCSP y la legislación y la jurisprudencia europea que esta norma traspone a nuestro ordenamiento. Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, concepto que, cuando se trata de valorar el precio como criterio de adjudicación, sólo puede identificarse con la oferta más barata. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas por su precio cuando quepa pensar razonablemente que no es viable la ejecución del contrato con una contraprestación tan reducida. La apreciación de la temeridad de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida, se recabará el informe del servicio técnico correspondiente y finalmente, se adoptará la resolución oportuna, para lo cual el poder adjudicador contará con un amplio margen de discrecionalidad (ver la Resolución 42/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Una reiterada doctrina (por ejemplo, Resolución 32/2013 del TACRC y Resolución 69/2013 del OARC/KEAO) establece que, en los procedimientos de adjudicación en los que se usan varios criterios de adjudicación, la apreciación de la anormalidad o desproporción sólo podrá realizarse si constan en los Pliegos los baremos objetivos a los que se refiere el artículo 152.2 TRLCSP (...).

El artículo 152 del TRLCSP traspone a la normativa española lo previsto en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de servicio y de suministro, acerca de las ofertas anormalmente bajas. Concretamente, los apartados 1 y 2 del artículo 152 del TRLCSP señalan lo siguiente:

1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado

o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

Para la identificación de ofertas con valores anormales o desproporcionados, el artículo reproducido distingue la adjudicación con el precio como único criterio valorable de la adjudicación con más de un criterio de valoración.

En el primer supuesto, la desproporcionalidad se aprecia en función de los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas. A falta de desarrollo reglamentario, debe entenderse que permanece vigente el artículo 85 del RGLCAP sobre «Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas», si bien parte de su contenido debe entenderse tácitamente derogado, tal y como se expresa en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución 70/2014, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, cuya doctrina comparte este Órgano resolutorio:

Así para el caso de que el sistema elegido por el órgano de contratación para la adjudicación del contrato sea el del criterio único precio, que se corresponde con la antigua subasta, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, pero no de cualquier forma, sino por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

Por lo tanto, cualquier sistema establecido o que se quiera establecer en el futuro tiene que respetar esta previsión legal, y es que se haga, insistimos, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. De esta forma en tanto en cuanto el apartado 3 del artículo 85 establece un porcentaje de baja fijo,—el 25%—, con independencia de las ofertas que se hayan presentado, el Tribunal consideró que no resulta de aplicación, o dicho en otras palabras que se encuentra tácitamente derogado. En el mismo sentido cabe citar el informe de la Abogacía del Estado 12/2009, de 27 de septiembre.

En el segundo, los parámetros objetivos para determinar si hay proposiciones anormales o desproporcionadas deben expresarse en los pliegos. Además, si el precio es uno de los criterios de adjudicación podrán indicarse en los pliegos los límites para apreciar si la proposición puede o no ser cumplida.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 11/2014, de 7 de mayo, al analizar el contenido del artículo 152 del TRLCSP llega a la conclusión de que:

2. Si estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada».

Sin embargo, esa libertad absoluta de los órganos de contratación para la fijación por los órganos de contratación de los parámetros para determinar si una oferta es o no desproporcionada, puede verse matizada por la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del artículo 152 de TRLCSP. Así, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación y los límites objetivos de desproporcionalidad se refieren únicamente al precio, como en el caso de los pliegos objeto de recurso, parece que una interpretación sistemática de los dos primeros apartados del citado artículo nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso. A esta misma conclusión, aunque por otra vía, llega la Comisión Nacional de la Competencia, que en su Guía sobre la Contratación Pública y Competencia 20106 afirma que:

10. Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el «umbral máximo de competencia», esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los «umbrales de temeridad» de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios (...).

En consecuencia, debe admitirse la pretensión del recurrente de anulación del PCAP por infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, ya que en el punto 16 de la carátula el umbral de temeridad está expresado en referencia a un valor absoluto como es el tipo de licitación.

6.2.4 Procedimiento de apreciación de la temeridad

Resolución 37/2014

NOVENO: Primeramente deben analizarse los motivos de la impugnación basados en las supuestas irregularidades cometidas por el poder adjudicador en la ejecución del procedimiento previo a su exclusión. Para ello, en primer lugar debe recordarse la naturaleza y función de la figura de la oferta anormalmente baja o desproporcionada (también conocida, usando terminología procedente de la legislación anterior, como «baja temeraria»), tal y como la delimitan el TRLCSP y la legislación y la jurisprudencia europea que esta norma traspone a nuestro ordenamiento. Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, concepto que, cuando se trata de valorar el precio como criterio de adjudicación, sólo puede identificarse con la oferta más barata. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas por su precio cuando quepa pensar razonablemente que no es viable la ejecución del contrato con una contraprestación tan reducida. La apreciación de la temeridad de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida, se recabará el informe del servicio técnico correspondiente y finalmente, se adoptará la resolución oportuna, para lo cual el poder adjudicador contará con un amplio margen de discrecionalidad (ver la Resolución 42/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Una reiterada doctrina (por ejemplo, Resolución 32/2013 del TACRC y Resolución 69/2013 del OARC/KEAO) establece que, en los procedimientos de adjudicación en los que se usan varios criterios de adjudicación, la apreciación de la anormalidad o desproporción sólo podrá realizarse si constan en los Pliegos los baremos objetivos a los que se refiere el artículo 152.2 TRLCSP. El artículo 152.2 TRLCSP ha extendido estos mismos principios a aspectos contractuales distintos del precio.

DÉCIMO: La primera irregularidad que el recurso reprocha al procedimiento seguido es que en él se ha dado participación a los demás licitadores, no incurso en sospecha de temeridad. El artículo 152.3 TRLCSP establece como único trámite de audiencia obligatorio el que debe ofrecerse al licitador cuya proposición incurra en temeridad, sin que se mencione a los demás licitadores. Esta regulación es lógica y consecuente con la naturaleza e intención del procedimiento, que es, por un lado, garantizar que el tercero tenga una posibilidad de demostrar la pertinencia de su oferta, y por otro, permitir al poder adjudicador formarse una idea clara sobre la viabilidad de la oferta, considerando también el informe técnico, emanado de los servicios de la Administración, de quienes se presupone cualificación profesional y objetividad. En cambio, las demás empresas no tienen que defender en este procedimiento la viabilidad de sus ofertas, que no se ha puesto en discusión, y las alegaciones que, en este caso, puedan emitir carecen de objetividad, pues tienen evidente interés en la exclusión de su competidor. Téngase en cuenta además la contradicción que supone conceder audiencia a empresas que no podrían recurrir una decisión del poder adjudicador que estime finalmente que la proposición puede ser cumplida, pues tal acto no es uno de los «actos de trámite cualificados» comprendidos en el artículo 40.2 b) TRLCSP, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar la resolución de adjudicación en razón de dicha estimación si la oferta inicialmente sospechosa es la seleccionada (Resolución 238/2011 del TACRC).

Siendo claro que la audiencia de las empresas no sospechosas de temeridad no se exige en el TRLCSP y es contraria a la naturaleza y finalidad del procedimiento, hay que añadir que, además, concurren en el presente caso las circunstancias que, por su relevancia en el acto impugnado, implican la indefensión del recurrente (artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). En primer lugar, las alegaciones de una de las empresas indebidamente convocadas al procedimiento han sido determinantes para formar el juicio desfavorable del poder adjudicador, como expresamente se admite en el informe que lo sustenta, y en segundo lugar, tales alegaciones no fueron dadas a conocer al recurrente, mientras que las demás empresas sí pudieron contar con el escrito en el que éste justificaba la pertinencia de su oferta. Todo ello supone que el poder adjudicador ha incumplido su obligación de dar a todos los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio en el procedimiento de adjudicación (artículos 1 y 139 TRLCSP), y conlleva la anulación del acto impugnado y la necesidad de retrotraer las actuaciones.

Resolución 71/2014

NOVENO: La razón de la exclusión de la empresa Digisystems se basa en la apreciación de que su proposición es anormal o desproporcionada en lo que se refiere a los valores ofertados para el «Tiempo de sustitución» y «Tiempo máximo inactivo por trimestre antes de sustitución». Debe recordarse la naturaleza y función de la figura de la oferta anormalmente baja o desproporcionada (también conocida, usando terminología procedente de la legislación anterior, como «baja temeraria»), tal y como la delimitan el TRLCSP y la legislación y la jurisprudencia europea que esta norma traspone a nuestro ordenamiento. Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas en razón de las condiciones ofertadas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser cumplido si se perfecciona en esos términos. La apreciación de la anormalidad o desproporción de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida y se solicite el informe del servicio técnico correspondiente. Asimismo, una reiterada doctrina (por ejemplo, Resolución 32/2013 del TACRC y Resolución 69/2013 del OARC/KEAO) establece que, en los procedimientos de adjudicación en los que se usan varios criterios de adjudicación, la apreciación de la anormalidad o desproporción sólo podrá realizarse si constan en los Pliegos los baremos objetivos a los que se refiere el artículo 152.2 TRLCSP, requisito que en el presente caso se cumple en el apartado 30.2.1 a) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

6.3 SECRETO DE LA OFERTA Y VALORACIÓN SEPARADA

6.3.1 Finalidad de la apertura separada de sobres

Resolución 77/2014

DÉCIMO: La pretensión del recurrente que sí se puede y debe ser analizada es la relativa a la anulación de la adjudicación realizada. En este sentido, el recurrente alega que la adjudicación no se ajusta a derecho pues el adjudicatario desveló aspectos correspondientes a su oferta en el momento procedimental que no correspondía.

El párrafo 3º del artículo 150.2 TRLCSP, establece que «la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia». Para hacer posible esta valoración separada, «las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada». Cumpliendo el mandato de desarrollo reglamentario, el artículo 26 del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, dispone que «la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos».

Del análisis de esta normativa se deduce que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.

Consecuentemente, debe analizarse si la introducción de los documentos señalados por la recurrente en el sobre que corresponde a los criterios evaluables mediante un juicio de valor, cuya apertura ha de ser anterior a la del sobre en el que figuran los datos relativos a los criterios evaluables mediante fórmulas, ha comprometido la objetividad de la valoración, en los términos que la normativa aplicable exige y que se han explicado en el párrafo anterior (ver, en este sentido, el dictamen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013, y la jurisprudencia que en él se cita).

6.3.2 Debe haber vulneración material del secreto

Resolución 100/2013

Del contraste entre el documento y la finalidad de la normativa aplicable, tal y como ésta se ha expuesto ésta en este mismo fundamento jurídico, se deduce que la introducción del documento en el sobre destinado a los criterios evaluables mediante un juicio de valor no ha podido desvirtuar la objetividad de la valoración de las ofertas. En principio, hay que decir que, como bien señala el órgano de contratación, para conocer la puntuación atribuida en razón de la antigüedad de los vehículos habría que conocer la antigüedad de todos los vehículos de cada lote. Este dato no se deduce del documento impugnado, ya que en él no se identifica a qué lote se asigna cada vehículo y, como veremos, tampoco se identifica la antigüedad de la mayoría de ellos. Como bien señala el órgano de contratación, la antigüedad de los vehículos que se valora es la que se deduce de la fecha de matriculación que consta en el permiso de circulación (artículo 6.1 del Real Decreto 2042/1994 y Anexo VI bis del PCAP), y el número de bastidor no ofrece esta información. Por lo que se refiere al número de matrícula, sí que es, en general, un dato vinculado a la antigüedad del vehículo al que se refiere, pero tampoco es, en el caso concreto que nos ocupa, una información cuyo conocimiento prematuro perjudique la objetividad de la valoración, y ello tanto por la ya citada falta de correspondencia entre los vehículos y los lotes de la licitación como por lo fragmentario del dato (sólo 4 de los 23 vehículos). Si a todo ello añadimos que, como alega la Administración, sería del todo punto desproporcionado excluir a un licitador porque no haya introducido cierta información en el sobre correcto cuando tal hecho no supone vulneración material de la objetividad que la norma pretende garantizar, la conclusión es que la oferta fue correctamente aceptada y que debe rechazarse el motivo de recurso.

6.4 OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS

6.4.1 Justificación

Resolución 97/2014

En segundo lugar, 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.

Resolución 83/2013

A la vista de este escrito, no se puede estar de acuerdo con la afirmación efectuada por la recurrente de que Saitec, S.A. no aportó dato o razonamiento dirigido a justificar la viabilidad económica de la oferta presentada. Cuestión diferente es si la justificación que debía aportar era alguna de las que se indican en el artículo 152.3 del TRLCSP, esto es, «(...) al ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado».

La lista de justificaciones contenida en el artículo 152.3 del TRLCSP es la misma que la contenida en el artículo 55.1 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo. De la sentencia del TJUE anteriormente citada se deriva que estas justificaciones deben ser tomadas en consideración en el momento de la motivación de la exclusión de la oferta considerada anormalmente baja, pues considera que si bien la lista no es exhaustiva, tampoco es, sin embargo, meramente indicativa y, por tanto, no confiere a los poderes adjudicadores libertad para determinar cuáles son los datos pertinentes que deben tomarse en consideración antes de rechazar una oferta que parezca anormalmente baja (apartado 30).

Sin embargo, el licitador podrá presentar en apoyo de su oferta todas las justificaciones que, habida cuenta de la naturaleza y de las características del contrato que se trate, considere apropiadas, sin limitación alguna y el poder adjudicador, por su parte, antes de adoptar la decisión de admitir o rechazar la oferta deberá considerar todas las justificaciones alegadas por el licitador (STJCE de 27 de noviembre de 2001, Impresa Lombardini contra Società Italiana per Condotte d'Acqua, C-285/99 y C-286/99, apartado 82). En este sentido, se hace preciso recordar que la adjudicataria invoca en su escrito de alegaciones su solvencia económica y financiera y técnica, siendo este dato valorado por el órgano de contratación, apoyándose para ello en el artículo 85.6 del RLCAP, cuya vigencia, por otra parte, ha sido confirmada en el Informe 34/12, de 14 de diciembre de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por lo que su proceder se ajusta a derecho.

Además, analizadas el resto de justificaciones efectuadas por Saitec, S.A. se observa que presenta dos justificaciones basadas en el ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato (informatización y normalización de procesos y ahorro de costes de gestión y coordinación por no presentarse en UTE) y una justificación basada en las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación (disponer de laboratorio de ensayos homologado propio), de lo que se concluye que el órgano de contratación, a la hora de sopesar la seriedad de la oferta realizada ha valorado los datos a los que se refiere el art. 152.3 del TRLCSP.

En contra de lo que sostiene la recurrente, se ha de señalar que el artículo 152.3 del TRLCSP, que traspone el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, no exige que la justificación de la oferta realizada se base en «el desglose de costes en función de cada uno de los trabajos ofertados».

Este órgano resolutorio considera, al igual que el operador económico recurrente, que el umbral de temeridad establecido en el punto 27 de la carátula del PCAP, se trata de una presunción. Ahora bien, esta presunción puede ser desvirtuada de diversas formas y como

indica la jurisprudencia del TJUE, el resultado que arroje la aplicación de un método de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de todas las ofertas recibidas 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 (TJCE en la Sentencia TJCE de 27 de noviembre de 2001, Impresa Lombardini contra Società Italiana per Condotte d'Acqua, C-285/99 y C-286/99, apartado 72). En este sentido, la consideración que realiza el poder adjudicador en su informe al recurso sobre el porcentaje de desviación de la baja de la oferta de la adjudicataria (3,96 %) sobre la media aritmética de las bajas de las ofertas admitidas, puede ser considerada correcta.

6.5 SUBSANACIÓN Y ACLARACIONES

6.5.1 Ausencia total de documentación

Resolución 10/2012

La cuestión que se plantea en este momento estriba en saber si la ausencia total de documentación relativa a capacidad y solvencia puede o no ser objeto de subsanación.

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA) en su informe 47/09, de 1 de febrero, afirma que:

El criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable.

En definitiva, puede subsanarse lo que existe pero no se ha aportado. Sin embargo en el caso concreto que se resuelve, en el momento de la presentación hay una ausencia total de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130 de la LCSP, con lo cual de otorgarse un plazo para la su subsanación quebrarían totalmente los principios de no discriminación e igualdad que proclama el artículo 1 de la LCSP.

La propia JCCA en el párrafo tercero de la Consideración Jurídica 3. del informe 48/02, de 28 de febrero de 2003, aplicable al caso con las debidas actualizaciones normativas, manifiesta que:

La interpretación conjunta de los preceptos legal y reglamentario conduce a la conclusión de que, como ha declarado esta Junta en dos informes de 10 de noviembre de 1997 (expedientes 37/97 y 44/97) los dos en relación con

los artículos 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 101 del Reglamento General de Contratación del Estado entonces vigentes, aunque sus criterios son trasladables a los artículos 79 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al artículo 81 de su Reglamento no puede sentarse la conclusión de que el precepto reglamentario pueda servir para eludir el cumplimiento del precepto legal, pues en este caso se opondría a su contenido y habría que considerarlo derogado tácitamente (...) «por lo que la primera conclusión que debe sostenerse es la de que el artículo 80 (hoy 79) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe ser cumplido y, por tanto, descartar la alternativa que se consigna en el escrito de consulta de que la falta de cualquier documento exigido... pueda calificarse de defecto material y pueda subsanarse».

Aplicando los anteriores criterios a los supuestos de hecho consultados se deduce que la falta del sobre que contiene los documentos sobre capacidad de obrar no puede considerarse defecto subsanable (...).

De todo lo dicho se deduce que la ausencia total de documentación relativa a la capacidad y solvencia de obrar no se encuentra dentro de los supuestos de errores u omisiones subsanables que prevé el artículo 27 del Real Decreto 817/2009.

6.5.2 Subsanación oferta técnica

Resolución 57/2013

DÉCIMO: Plantean también Ferroses Infraestructuras, S.A. y Construcciones Lauki, S.A. que la mesa de contratación debió darle, en su caso, la oportunidad de subsanar la documentación en el plazo de tres días hábiles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tal posibilidad se limita a la documentación acreditativa de la capacidad y la aptitud para contratar (artículo 146.1 TRLCSP), y no es extensible a los documentos contenidos en los sobres relativos a la oferta técnica y económica (ver, por ejemplo, la Resolución 219/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC), por lo que no procede, en principio, en el caso que se analiza. Esta doctrina tiene una matización, y es que si el requisito cuya acreditación documental falta es materialmente un requisito de capacidad o solvencia debe darse la oportunidad de subsanación, aunque los Pliegos prevean que se aporte con la oferta económica o técnica (Resolución 296/2012 del TACRC). Sin embargo, y sin entrar a valorar si la composición del equipo permanente de trabajo es o no un requisito de solvencia, lo cierto es que, en cualquier caso, faltaría una condición fundamental para aplicar la posibilidad de subsanación, y es que se trata de un plazo para aportar documentación acreditativa de requisitos ya existentes, pero no para adquirir requisitos que no se tenían anteriormente. Esta última es la pretensión del recurrente, pues la subsanación que pide es en realidad una oportunidad para rehacer su proposición en lo relativo al equipo de trabajo, rectificando la considerada errónea por el órgano de contratación y cambiándola por otra ajustada a los Pliegos.

Resolución 100/2014

La aportación, con posterioridad a la presentación de la oferta, de una muestra de un aparato cuya descripción e identificación constan indubitadamente en la documentación técnica previamente entregada, de tal modo que el poder adjudicador puede verificar con certeza la concordancia entre la muestra y dicha documentación y, en su caso, excluir al licitador si observa incoherencias entre ambas, no constituye modificación de la oferta y puede ser objeto de subsanación.

6.5.3 Aclaración de la propuesta técnica

Resolución 6/2011

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto T-195/08) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la contradicción (ambigüedad) del contenido de las ofertas que pueden explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. Esta sentencia en su punto 57 señala que:

Además, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union y otros, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 60). Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste.

No puede aceptarse que cualquier contradicción sirva para no admitir una oferta, máxime cuando se trata de presentaciones complejas de proyectos donde puede incurrirse en algunas contradicciones.

A este respecto, se pudo optar por pedir aclaraciones y tratar de disipar las dudas sobre la contradicción en la oferta y, posteriormente, actuar en consecuencia, en lugar de dar mayor valor a los documentos gráficos sobre las palabras.

En este sentido, no se trata de admitir sin más la propuesta técnica del operador económico recurrente, sino de dar a éste la oportunidad de que aclare las contradicciones y demuestre su capacidad para el cumplimiento de las obligaciones que comporta la ejecución del contrato y, a la luz de lo acreditado, elaborar un nuevo informe motivado que admita la propuesta o se reafirme en la contradicción existente.

Resolución 10/2011

En el caso que nos ocupa, puede afirmarse que la oferta del operador económico recurrente presentaba en su origen una indefinición sobre el modelo concreto propuesto para cada tipo de equipo.

Para la elaboración de los informes relativos a criterios que exijan un juicio de valor, los órganos técnicos gozan de un margen razonable de discrecionalidad. Este margen de discrecionalidad debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, que podrán ser discutibles o no, pero considerables en todo caso (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984). Sin embargo, en este caso, la indefinición de la oferta pudo aclararse por la comisión técnica que, dentro de su discrecionalidad, tuvo ocasión a la hora de elaborar informes técnicos efectuar todo tipo de preguntas, indagaciones, aclaraciones e incluso visitas a los centros de producción, siempre que no supongan una negociación de los términos del contrato, cuestión que está expresamente prohibida en los procedimientos abiertos por el artículo 141 LCSP.

En este sentido, el operador económico en su recurso hace una descripción de los requerimientos técnicos orientativos de los modelos propuestos por tipo de equipo (folios 342 a 344). Esta misma información pudo obtenerse por la comisión técnica simplemente solicitándola, en lugar de optar por la no valoración de la oferta (informe de 10 de junio de 2011).

A mayor abundamiento, una vez presentado el recurso y conocida la documentación descrita en el Antecedente de Hecho Octavo, la comisión técnica en su informe de 14 de julio de 2011 insistió en los mismos argumentos de su informe anterior de 10 de junio de 2011.

Además, la Mesa de contratación siempre podrá comprobar en la apertura de los sobres que contienen la oferta económica si las marcas y modelos ofertados se corresponden con los contenidos en la propuesta técnica.

En definitiva, no se trata sin más de admitir la propuesta del operador económico recurrente, sino de dar a éste la oportunidad de esclarecer la indefinición de su oferta inicial y que, en su caso, pueda ser valorada por la comisión técnica.

Resolución 109/2013

OCTAVO: El artículo 84 RGLCAP establece que «si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición». Este precepto es la base de una consolidada doctrina que opta por la imposibilidad de subsanar los errores de la documentación de la oferta y que únicamente se ha matizado para los casos de flagrante error material en los que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada; asimismo, el artículo 81 RGLCAP sólo prevé la subsanación

de los defectos de la documentación administrativa, pero no de la oferta (ver, por todas, la Resolución 151/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, y todas las que en ella se citan). La razón última de esta posición se puede encontrar en el principio de secreto de la oferta, que se vería desvirtuado si esta se puede alterar cuando se conocen las de los competidores, así como en los de igualdad de trato y transparencia, que se oponen, en un procedimiento abierto, a la negociación con los licitadores, aunque sea para solicitar supuestas aclaraciones, pues ello implicaría que se pudiera considerar que el poder adjudicador ha negociado una oferta en perjuicio de los no consultados. Por otro lado, sólo los licitadores son responsables de los perjuicios derivados de su falta de diligencia en la elaboración de su oferta, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que les demande subsanación alguna (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10). Por ello, la actuación de la Mesa solicitando aclaración sobre la oferta no fue ajustada a Derecho.

7. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

7.1 EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

7.1.1 Claridad de la causa de exclusión

Resolución 67/2014

En el caso de que esta argumentación, única posible a juicio de este Órgano, resultara insuficiente o dudosa, habría que añadir que, en virtud del principio de transparencia, una aplicación de los Pliegos que supone nada menos que la exclusión de una oferta debe estar basada en una regla clara y fácilmente entendible por todos los licitadores, lo que desde luego aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00; 24/11/2005, C-331/04; 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07). Así lo admite, de forma un tanto sorprendente, el propio informe interventor, que reconoce que el motivo de exclusión no está expresamente previsto en los Pliegos, y por ello ha podido pasar desapercibido para los licitadores. En el expediente consta que la Mesa de contratación sólo ha adoptado la decisión de exclusión después de dicho informe, manteniendo hasta entonces la consideración de la oferta de la recurrente como la más ventajosa; si un órgano especializado ha mantenido una interpretación de los Pliegos y sólo la ha variado después de un informe de fiscalización, es difícil reprochar a las empresas su falta de diligencia a la hora de cumplimentar sus ofertas. Finalmente, es oportuno traer a colación que, en última instancia, la oscuridad de las cláusulas de los Pliegos no puede perjudicar al licitador, que no es el causante de la misma (ver, por todas, la Resolución 39/2013 de este Órgano).

7.1.2 Motivación

Resolución 25/2014

OCTAVO: La razón en la que se basa el recurso es la ilegalidad de la exclusión impugnada, que el recurrente considera insuficientemente motivada e irregularmente notificada.

En el expediente sólo figura que, en el acta de apertura de la oferta económica, el secretario comunica que en base a la valoración, las empresas UTE Axpe/IDE, Deusto Sistemas y Entel, no pasan a la siguiente fase al no haber obtenido los 24 puntos necesarios», así como los resultados de la valoración técnica, en la que la recurrente obtuvo 9,31 puntos. Este Órgano ha señalado reiteradamente que, si la motivación debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para dicho proceso lógico (ver las resoluciones de de este Órgano 52/2013, 93/2013 y 1/2014). Pues bien, la mera atribución de puntuaciones sin mayor explicación que soporte la adjudicación impugnada no satisface esta exigencia, pues se desconocen las concretas características y ventajas o desventajas de la oferta que han determinado dicha atribución. Debe recordarse que el recurrente desconoce «la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura» y «las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas»., exigidas por la letras a) y c) del artículo 151.4 del TRLCSP (ver, en el mismo sentido, la Resolución 21/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC), por lo que carece de información suficiente para basar un recurso fundado (artículo 151.4 TRLCSP).

7.1.3 Si incumplimiento, insuficiencia declaración genérica de acatamiento de pliegos

Resolución 115/2014

(...) Tampoco es admisible el argumento de que la genérica afirmación de que se acatan los Pliegos de la licitación salvaría cualquier contenido concreto de la oferta contrario a ellos; además de que, por reducción al absurdo, esa interpretación podría llegar a convertir en superfluo el análisis de la adecuación al PPT de cualquier apartado de la oferta que no fuera la propia afirmación genérica, la alegación implica reconocer que existe una contradicción entre distintas partes de la proposición, lo que llevaría, igualmente, a su exclusión (artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

8. ADJUDICACIÓN

8.1 MOTIVACIÓN

8.1.1 Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica

Resolución 93/2014

NOVENO: Lantegi Batuak critica varias veces que la puntuación que se otorga a su oferta en el informe de valoración de criterios que requieren un juicio de valor. Al igual que hemos realizado en otras ocasiones, debe exponerse en primer lugar el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO (por todas, ver la Resolución 90/2013) se ha manifestado que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 —recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726—), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 —RJ 1989, 9811—, 1 de junio de 1999 —RJ 1999, 2745— y 7 de octubre de 1999 —RJ 1999, 8840—. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina «núcleo material de la decisión», esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos». En el caso analizado no consta infracción en estas materias, las cuales delimitan el ámbito de control en el que este Órgano puede entrar; en particular, se observa que el acto impugnado está suficientemente motivado por referencia a los criterios señalados en los Pliegos y que la valoración se ha producido con respeto a los principios generales del TRLCSP, en especial los de igualdad de trato y no discriminación. No obstante, deben realizarse además algunas precisiones sobre las alegaciones del recurso:

- a) El recurso no acredita la existencia de ningún error material que le haya perjudicado con una menor puntuación que la debida; como bien señala el poder adjudicador, el perjuicio vendría, en todo caso, de la inadecuada cumplimentación de la oferta o de su falta de concreción, aspectos imputables en exclusiva al licitador.
- b) Tampoco se ha justificado que los subcriterios empleados no estuvieran ya comprendidos en la definición más general de los criterios en los pliegos; por el contrario, es claro que, como afirma el poder adjudicador, se trata de subcriterios fácilmente subsumibles en ellos. Mucho menos se ha probado que se tratara de aspectos que, de haberse conocido previamente, hubieran alterado el contenido de las ofertas.

Resolución 1/2014

NOVENO: Ambos recursos impugnan las valoraciones de los criterios sujetos a apreciación subjetiva, mostrando su disconformidad con las puntuaciones obtenidas por considerarse insuficientemente motivadas o por infracción de principios fundamentales de la contratación pública, especialmente el de igualdad. Respecto a la motivación de la valoración de los criterios de adjudicación, debe recordarse que «el control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina «núcleo material de la decisión», esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos» (ver, por todas, la Resolución 93/2013 de este Órgano).

Delimitado el alcance del control de la motivación que este órgano puede ejercer, es claro que dicho control debe empezar por el análisis de si dicha motivación es suficiente. El requisito de la motivación sólo se satisface si existe una argumentación que hace referencia al caso específico. La razón de esta afirmación es que si la motivación debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para dicho proceso lógico (ver las resoluciones de este órgano 52/2013 y 93/2013). Pues bien, el informe técnico que soporta la adjudicación impugnada no satisface esta exigencia, pues se limita a anunciar cuál es la interpretación que se va a dar a los criterios de adjudicación señalados por los pliegos, pero no hace alusión alguna a las concretas características y ventajas o desventajas de las ofertas presentadas que han determinado la atribución de puntuaciones. Llegados a este punto, nos encontramos ante una motivación insuficiente, pues no permite que los interesados puedan interponer un recurso especial adecuadamente fundamentado ni da a conocer las características determinantes de la selección del adjudicatario o de la desestimación de las demás ofertas (artículo 151.4 TRLCSP), ni desde luego facilita a este Órgano la tarea de revisión de la adjudicación. Por todo ello, deben retrotraerse las actuaciones para que el poder adjudicador formule adecuadamente la motivación de la adjudicación.

8.1.2 Requiere comparación entre ofertas distintas

Resolución 68/2013

En el caso analizado, se observa que el poder adjudicador ha reconocido expresamente que las puntuaciones en dos de los subcriterios debatidos (medios disponibles y titulaciones académicas) son idénticas para la empresa recurrente y para la adjudicataria, a pesar de que las ofertas son distintas. La razón esgrimida, tanto por el informe técnico como por las alegaciones del órgano de contratación, es la escasa importancia del criterio en el primer caso, habida cuenta de que los medios son proporcionados por el Ayuntamiento, y la mínima cualificación necesaria para las tareas requeridas en el segundo; por ello, y a pesar de reconocerse que la oferta del recurrente es superior, la puntuación es igual. De hecho, en uno de los casos se reconoce expresamente que no se quiere que esa superioridad se convierta en una mayor puntuación. Dicha razón no ha sido, en cambio, la utilizada para baremar la trayectoria profesional, donde sólo ha obtenido la máxima puntuación la adjudicataria, mientras que la recurrente ha obtenido una puntuación menor, proporcional a la menor experiencia de sus trabajadores.

Esta actuación del poder adjudicador es inaceptable por dos razones. En primer lugar, la finalidad de los criterios de adjudicación es comparar entre ellas las ofertas presentadas para determinar cuál es la económicamente más ventajosa, lo que diferencia estos criterios de los de solvencia (artículo 62.2 del TRLCSP), que determinan si el licitador cumple los requisitos mínimos de capacidad económica, financiera y técnica que le permiten ser adjudicatario del contrato. Pervirtiendo esa finalidad, se ha renunciado a comparar las ofertas y se ha puntuado igual a todas las que superaban un umbral mínimo («suficiente»), aunque unas superaran dicho umbral con más amplitud que otras, lo que es contrario al principio de igualdad (artículos 1 y 139 del TRLCSP). En segundo lugar, esta interpretación no ha sido aplicada en el subcriterio relativo a la trayectoria profesional, pareciendo claro que no existe ninguna razón objetiva para esta diferencia: si una mayor titulación no aporta nada al contrato, una vez superado un mínimo, porque se trata de tareas sencillas, no se entiende por qué llevar más años realizando dichas tareas simples, una vez superada una mínima experiencia, va a seguir incrementando la calidad del trabajo. En cualquier caso, el principio de transparencia (artículos 1 y 139 del TRLCSP) exige no sólo que la Administración se someta a los criterios recogidos en el Pliego para seleccionar al adjudicatario, sino que los interprete de una forma previsible para todas las empresas interesadas razonablemente diligentes y de un modo constante durante todo el procedimiento (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, 24/11/2005, C-331/04, y 12/11/2009, C-199/07), principio que aquí se ha visto infringido al interpretar de forma distinta dos subcriterios de intencionalidad análoga sin motivo que lo justifique.

Por todo ello, la aplicación de los criterios debatidos no es correcta y debe anularse.

8.2 DESISTIMIENTO Y RENUNCIA

8.2.1 Desistimiento: potestad reglada

Resolución 31/2013

El fondo del asunto versa sobre si en la Orden de la Consejera de Interior, Justicia y Administración Pública de fecha 17 de octubre concurren los presupuestos del art. 155.4 del TRLCSP para desistir del procedimiento de adjudicación. Este artículo dispone lo siguiente:

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

Este órgano resolutorio considera que el desistimiento es una potestad reglada y, por ello, ha de estar fundado en razones objetivas basadas en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato. El desistimiento pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato.

En este sentido, ambos operadores económicos recurrentes consideran que no se ha producido ninguna infracción no subsanable del procedimiento pues consideran que las cláusulas del PCAP y PBT son aplicables y permiten continuar con el procedimiento hasta la adjudicación del contrato si bien difieren radicalmente en lo referente a la interpretación de las cláusulas que desarrollan la posibilidad o no de presentar variantes y en los efectos que se desprenden de dicha interpretación pues para Euskaltel no procede la presentación de variantes siendo su consecuencia la de que toda la oferta de la UTE Telefónica ha de ser desestimada por aplicación de la cláusula 14.2.2 del PCAP, y para la UTE telefónica procede la presentación de variantes por lo que toda su oferta debe ser aceptada.

En consecuencia, habrá que proceder a analizar si efectivamente se aprecia la concurrencia de errores manifiestos en la redacción de los pliegos a los que hace referencia el Órgano de contratación en la Orden de desistimiento y si éstos constituye infracción no subsanable de las normas de preparación o de adjudicación del contrato y por ello justifican el desistimiento acordado.

8.2.2 Renuncia: razones de interés público

Resolución 116/2013

Debe concederse la razón al recurrente cuando afirma que no se demuestra la existencia de una infracción legal no subsanable de las que justifican el desistimiento, pues el poder adjudicador no ha señalado ninguna estipulación de la documentación contractual ni ningún acto administrativo del procedimiento afectado por un vicio de invalidez. En este

sentido, es claro que la exclusión ilícita que dio origen a la Resolución 43/2013 no puede fundamentar el desistimiento porque tal decisión del OARC/KEAO precisamente supone la retroacción del procedimiento con la vocación, al menos en principio, de finalizarlo con la adjudicación. No obstante, a juicio de este Órgano, la motivación utilizada sí es suficiente para justificar la finalización del procedimiento, pues el acto impugnado satisface los requisitos propios de la renuncia, figura regulada en el artículo 155.3 TRLCSP, que establece que «sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente». Al igual que el desistimiento, la renuncia pone fin al procedimiento de licitación sin adjudicar el contrato, pero se diferencia de aquélla en que debe fundamentarse en razones de interés público (es decir, de oportunidad) y no de legalidad, lo que origina el distinto régimen jurídico de la posibilidad de iniciar una nueva licitación. En el caso analizado se ha motivado, siquiera escuetamente, la contradicción con el interés público que supondría continuar con el procedimiento una vez efectuada la retroacción de actuaciones para adjudicar un contrato cuya ejecución en el plazo previsto sería ya imposible o, en el más optimista de los casos, para un periodo inicial de vigencia tan reducido que no se justificaría el esfuerzo de tramitación en comparación con el que se podría emplear con mucho más provecho en un nuevo expediente. A análoga conclusión lleva la aplicación del artículo 87.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), norma supletoria del procedimiento de adjudicación según el primer párrafo de la Disposición Final Tercera del TRLCSP. Según este precepto, «producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas». La imposibilidad de ejecutar un contrato por el transcurso del plazo fijado para ello en los Pliegos es un caso análogo a la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento, uno de los supuestos a los que se refiere este artículo.

Existiendo una causa material razonable debidamente expresada que motiva la finalización del procedimiento y apoyo jurídico suficiente para considerar válido el acto impugnado, lo de menos es que se haya calificado como desistimiento y que no se hayan mencionado expresamente las bases legales señaladas en esta Resolución, pues la decisión cumple suficientemente con ellas y, en última instancia, sería aplicable el artículo 65 de la LRJPAC, que establece que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste». Por ello, la alegación de que la resolución recurrida no satisface los requisitos del desistimiento es cierta, pero irrelevante.

NOVENO: No puede aceptarse el reproche del recurrente de que el acto impugnado supone un incumplimiento de la Resolución 43/2013 de este Órgano. La posibilidad de renunciar a la celebración del contrato es una facultad cuyo ejercicio, una vez cumplidos los requisitos legales, compete al órgano de contratación en cualquier momento del procedimiento anterior a la adjudicación. La Resolución 43/2013 en absoluto ha privado al poder adjudicador de esta facultad, ni le ha prohibido renunciar o desistir. Es cierto que, teóricamente, la Administración podría usar ilegítimamente el artículo 155 TRLCSP para no adjudicar un contrato con el ánimo de perjudicar a un licitador o de eludir el cumplimiento de una resolución del OARC/KEAO, en cuyo caso podría llegar a aplicarse la doctrina de los actos en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil), pero, como se ha señalado en el fundamento anterior, la renuncia está suficientemente motivada, y la intención fraudulenta de la Administración no está en absoluto acreditada.

9. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

9.1 CUMPLIMIENTO Y EFECTOS

9.1.1 Recurso frente a acto de adjudicación dictado en ejecución de una resolución previa

Resolución 96/2013

TERCERO: El análisis del fondo del recurso nos obliga a determinar la naturaleza del acto contra el que se interpone el recurso para determinar si los argumentos que sustentan la pretensión deben ser estimados.

En este sentido debe indicarse que el recurso se interpone frente a la Resolución de 26 de agosto de 2013, de adjudicación del contrato de referencia que se dicta en ejecución de lo acordado por este órgano resolutorio con ocasión de un recurso anteriormente interpuesto por la actual adjudicataria contra el primer acto de adjudicación dictado en el procedimiento de licitación del contrato a que hace referencia el presente procedimiento.

Este recurso, registrado como el número EB 2013/24, fue resuelto, tal y como se expresa en el apartado segundo de la parte expositiva de esta Resolución, en el sentido de estimar el recurso ordenando una nueva valoración de las ofertas económicas, que debería efectuarse en los términos expresados en la citada Resolución, excluyendo el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) al valorar las ofertas económicas efectuadas.

En consecuencia, se puede afirmar que no se trata de una nueva impugnación del primero de los actos de adjudicación, no pudiendo ser de aplicación, en consecuencia, la excepción de cosa juzgada, sino de un nuevo recurso deducido contra un nuevo acto, lo que obliga al análisis del fondo para determinar si se cumplen o no los requisitos para su estimación.

9.1.2 Fijación por el OARC/KEAO de la oferta económicamente más ventajosa

Resolución 68/2014

UNDÉCIMO: Corresponde ahora analizar la pretensión del recurso, que no se limita a pedir la anulación del acto impugnado, sino que solicita además que el contrato se le adjudique, habida cuenta de que, computando únicamente los subcriterios incluidos en el criterio de adjudicación «Características de vehículos», su oferta obtendría la mayor puntuación. Es doctrina reiterada (por todas, ver la Resolución 51/2014) que este Órgano no puede sustituir a la entidad adjudicadora en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, tarea en la que dispone del margen de apreciación que le concede la discrecionalidad técnica, cuyo ejercicio puede llevar a varios resultados distintos, todos ellos legítimos. Este margen está fuera del control jurídico del OARC/KEAO, siempre que exista motivación suficiente y se ejerza dentro de los cauces que lo limitan (en especial, que el uso no sea arbitrario, el respeto al fondo parcialmente reglado fijado por los Pliegos y al procedimiento aplicable y la adecuación a los principios generales, sobre todo igualdad de trato y no discriminación). Sin embargo, esta inmunidad al control de legalidad debe ser matizada, pues puede resultar que, una vez depurado el acto de sus elementos ilegales y a la vista de su motivación, la discrecionalidad técnica quede tan reducida que no le quede ya a la entidad adjudicadora margen de elección alguno, careciendo entonces de sentido ordenar una retroacción de actuaciones cuyo resultado final está predeterminado; en ese caso, este Órgano puede pronunciarse sobre la adjudicación si en el expediente figuran todos los elementos para un pronunciamiento unívoco.

En este supuesto, como ya se ha dicho, la motivación de la resolución impugnada contiene toda la información necesaria para reconstruir el proceso lógico seguido por la entidad adjudicadora para atribuir la puntuación correspondiente al criterio «Características de los vehículos», de modo que es suficiente con suprimir de dicha argumentación los aspectos ajenos al criterio y computar únicamente los que sí se comprenden en él para determinar si el recurrente debió o no efectivamente ser adjudicatario. Gracias precisamente al cumplimiento por la entidad adjudicadora de su deber de motivación, este Órgano puede fijar, de modo inequívoco, cuál es la oferta económicamente más ventajosa a la vista de los criterios de adjudicación previstos en los Pliegos. Esta operación respeta estrictamente la discrecionalidad técnica de la entidad adjudicadora; téngase en cuenta que sólo se van a suprimir de la base de la decisión los elementos antijurídicos (en este caso, subcriterios no comprendidos en los Pliegos), función plenamente incluida en el «núcleo de la decisión» que sí está sometido al control de legalidad de este Órgano, y que no se van a alterar las demás puntuaciones discrecionalmente otorgadas por el órgano de contratación y relacionadas con el criterio de adjudicación debatido, las cuales se corresponden con el margen de apreciación anteriormente mencionado. Además, debe recordarse que el recurso especial no sólo puede anular el acto impugnado, sino también reconocer una situación jurídica individualizada, como solicita el recurrente (ver, por analogía, el artículo 71.1 b) de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa).

9.1.3 Cosa juzgada

Resolución 129/2014

SEXTO: El objeto del recurso es la Resolución de 10 de noviembre de 2014, de la Viceconsejera de Administración y Servicios, dictada en ejecución de la Resolución 108/2014 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, que anulaba la primera adjudicación (de la que era beneficiario el ahora recurrente) y ordenaba «la retroacción de las actuaciones hasta la emisión de un nuevo informe de propuesta de adjudicación en el que se tenga en cuenta que el vehículo con matrícula 4722 HYJ dispone de 20 plazas de asiento, incluido el conductor, y se aplique el criterio establecido por la carátula del PCAP en su apartado 30.2.1. a) “Criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas”, punto 6, “Plazas autorizadas del vehículo preferente”, párrafo 4º».

Como expresamente reconoce el escrito, los motivos de la impugnación de la adjudicación se fundamentan en el desacuerdo con el contenido de la citada Resolución 108/2014 y se afirma que la nueva adjudicación tiene su origen y justificación en la Resolución de este Órgano, «(...) por lo que los defectos de aquella deben provocar la anulación o rectificación de ésta».

El poder adjudicador solicita la inadmisión del recurso por entender que su pretensión es cosa juzgada y que la tramitación sería contraria al principio de seguridad jurídica y a la legítima confianza de los adjudicatarios, generándose un bucle de difícil solución. Esta alegación debe ser aceptada. La acción ahora ejercitada no versa sobre ninguna cuestión novedosa; por el contrario, versa sobre contenidos que se limitan a ejecutar la Resolución 108/2014, existiendo identidad de la causa de pedir, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007). Por ello, se deben aplicar los efectos de la denominada cosa juzgada administrativa e inadmitirse el recurso.

9.2 DESISTIMIENTO Y ALLANAMIENTO DEL PODER ADJUDICADOR

9.2.1 Desistimiento del recurso

Resolución 125/2014

SEGUNDO: En lo que respecta al desistimiento, el artículo 87 de la Ley 30/1992 dispone que pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento y la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad. Los párrafos 2 y 3 del artículo 91 de dicha norma disponen lo siguiente:

2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en

el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

3. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.

Teniendo en cuenta que el recurrente ha desistido de continuar con la reclamación, que no existen otros terceros interesados en este recurso y que tampoco se aprecia la concurrencia en la cuestión suscitada de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación, este órgano resolutorio entiende que procede admitir el desistimiento y declarar concluso el procedimiento.

10. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES

10.1.1 Notificación en domicilio distinto al señalado

Resolución 1/2011

SEXTO: Tal y como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 176/2009, la notificación es un instrumento capital del derecho de defensa. Su finalidad es lograr que el acto administrativo sea conocido por el interesado, para que pueda reaccionar ante el mismo con todas las garantías de defensa. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1998, afirma que lo importante y trascendente de toda notificación es que llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos.

La notificación del Acuerdo de 4 de marzo de 2011 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Errenteria fue defectuosa porque no se remitió al domicilio expresamente señalado a efectos de notificaciones. Una notificación que no ha sido hecha en la forma debida, no produce efectos, por lo que tampoco la propia resolución notificada puede producirlos contra el interesado, pues la notificación defectuosa demora el comienzo de la eficacia del acto. Esta regla admite como excepción lo contenido en el artículo 58.3 LRJyPAC, según la cual las notificaciones surtirán efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución o interponga cualquier recurso que proceda.

No puede admitirse la alegación contenida en el informe del Responsable de Contratación y Patrimonio de 8 de abril de 2011, cuando señala que el licitador fue notificado, ya que sin que mediara actuación alguna por parte de esta Administración, acudió el pasado 24 de marzo al Ayuntamiento y depositó la garantía definitiva, por lo que solo puede concluirse que conocía desde el día 10 de marzo el contenido y la fecha de la notificación.

10.1.2 Notificación defectuosa

Resolución 97/2012

SEXTO: A tenor del artículo 44.2. b) del TRLCSP:

2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Según consta en el expediente administrativo, en la notificación del acuerdo de exclusión, figura un pie de recurso que es erróneo, pues señala que «contra este Acuerdo de la Mesa de contratación se podrá presentar, RECURSO DE ALZADA, ante el Gerente en el plazo de 1 mes desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo».

El artículo 85 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), dispone lo siguiente en su artículo 58.2:

Artículo 58. Notificación

(...)

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

Pues bien, la notificación efectuada por el poder adjudicador debe ser calificada como defectuosa pues inducía a error en cuanto al recurso que era procedente presentar por el interesado en orden a defender su postura ante la instancia administrativa correcta.

En los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina de que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular y ello no obstante el carácter de orden público absoluto y externo a la Administración pública de esta información, debiéndose tener por temporánea y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (STS 12/3/75; 5/12/89, EDJ 10950).

Resolución 121/2014

QUINTO: El poder adjudicador estima, como único argumento en contra de la impugnación, que el recurso no puede ser admitido por haberse interpuesto fuera del plazo establecido; éste es también el único motivo de oposición de la empresa Autobuses Juanxú, S.L.

El artículo 44.2 TRLCSP establece, cuando el acto recurrido sea la adjudicación, un plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP.

Según consta en el expediente, la notificación de la Resolución de adjudicación fue remitida el día 11 de agosto de 2014 y el recurso fue interpuesto el 15 de septiembre de 2014, superado ampliamente el citado plazo. Sin embargo, analizada la notificación practicada, se observa que contiene una indicación de que la vía de impugnación procedente es únicamente el recurso especial con carácter previo al recurso contencioso-administrativo, omitiendo que el recurso especial es potestativo (artículo 40.6 TRLCSP) y que también cabe, alternativamente, la interposición directa del recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses (artículos 10.1 a) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa); por otro lado, tampoco se especifica el órgano ante el que se pueden presentar los recursos.

La notificación infringe el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma aplicable al procedimiento de recurso especial (artículo 46.1 TRLCSP), que establece que toda notificación deberá contener «el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».

Como señalan las resoluciones 97/2012 y 76/2014 de este Órgano, en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina que sostiene que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular, debiéndose tener por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (ver las sentencias del Tribunal Supremo de 12/3/75 y de 5/12/89).

10.1.3 Notificación verbal del acuerdo de exclusión

EB 2013/018

SEXTO: SS HARD, S.L. presenta el recurso el día 25 de enero de 2013 en la oficina 48-O.P. de Bilbao de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., teniendo entrada en el OARC/KEAO el día 29 del mismo mes.

De ello se podría concluir que el recurso se ha interpuesto fuera de plazo, ya que el último día para interponerlo, computados los 15 días hábiles contados desde el siguiente a la

notificación, sería el 8 de enero de 2013 y como hemos dicho el recurso entró en el registro del OARC/KEAO el día 29 de enero de 2013.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el operador económico impugna la comunicación verbal que efectúa la mesa de contratación de la exclusión de su propuesta contractual por no haber acreditado la solvencia técnica para la realización de los trabajos. Del Acta de la sesión de la Mesa de contratación de 19 de diciembre de 2012 se infiere que la notificación de la exclusión fue verbal.

El artículo 58 de la LRJAP y PAC establece cómo se deben notificar a los interesados las resoluciones o actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses. Sin el cumplimiento de estos requisitos la notificación, en principio, no surte efectos. Sin embargo, el artículo 58 en su párrafo 3, afirma que:

3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

Las notificaciones verbales efectuadas el 19 de diciembre no cumplen con los requisitos del artículo 58 de la LRJAP y PAC, por tanto debe considerarse que éstas comienzan a desplegar sus efectos en el momento en que se interponen los recursos.

En consecuencia, se ha de considerar que el recurso se halla dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

11. OTRAS CUESTIONES

11.1 OTRAS CUESTIONES

11.1.1 Anuncio de licitación

Resolución 44/2014

UNDÉCIMO: El recurso impugna el anuncio de licitación porque no se especifican los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, tal y como exige el artículo 75 TRLCSP, en la redacción dada por la Disposición Final 3ª, 4.3 de la Ley 25/2013 de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. En primer lugar, hay que señalar que la norma aplicable al contrato impugnado no sería en ningún caso la actual redacción del artículo 75 TRLCSP; como señala la disposición transitoria cuarta del TRLCSP, en la redacción dada a la misma por la citada Ley 25/2013, la modificación de los artículos 75, 76, 77 y 78 del TRLCSP entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos, desarrollo reglamentario que aún no se ha dictado. Por ello, al contrato analizado le es de aplicación la anterior versión del artículo 75 TRLCSP, que no hace referencia a la obligatoriedad de que en el anuncio de licitación se incluyan los medios de acreditación de la solvencia. Sin embargo, el artículo 62.2 TRLCSP, aplicable al caso, sí que regula la cuestión debatida estableciendo que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo». Por lo tanto, debe analizarse si el procedimiento de contratación respeta este precepto. Previamente debe indicarse que el contrato está sujeto a clasificación, la cual sustituye a la solvencia en los casos en los que es exigible (artículo 62.1 TRLCSP); no obstante, la necesidad de incluir los requisitos mínimos de solvencia y los medios para acreditarla no es superflua, pues es aplicable a las empresas de países miembros de la Unión Europea, no obligadas a clasificarse (artículo 66.1 TRLCSP).

Se observa que los cuatro anuncios de licitación (en el Diario Oficial de la Unión Europea —DOUE—, el Boletín Oficial del Estado —BOE—, el Boletín Oficial del País Vasco —BOPV—,

y el Boletín Oficial de Bizkaia —BOB—) tienen, en lo relativo a esta cuestión, el siguiente contenido:

- El anuncio del DOUE (que habla de «capacidad económica y financiera») contiene, en su apartado III.2.2) una remisión a la cláusula 9ª del PCAP, tanto para la «información y trámites necesarios para evaluar si se cumplen los requisitos» como para el «nivel o niveles mínimos que pueden exigirse».
- Los anuncios del BOB, BOE y BOPV señalan la clasificación exigible (Grupo O, subgrupo 4, categoría C) y para la solvencia, se remiten a «lo señalado en el PCAP».

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

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

A la vista de todo ello, es claro que la publicidad de la licitación no ha satisfecho los requisitos del artículo 62.2 TRLCSP, por lo que este motivo de impugnación debe ser aceptado. Además, debe hacerse constar que el incumplimiento de este precepto no radica únicamente en que no se hayan indicado en el anuncio los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos, sino que tampoco estos datos se han especificado en el pliego del contrato. La cláusula novena del PCAP, a la que se remite el anuncio del DOUE, se refiere al contenido de las proposiciones y en el apartado correspondiente al sobre A (documentación administrativa), en la letra d) (documentos que justifiquen el cumplimiento de los requisitos relacionados con la solvencia económica, financiera y técnica o profesional) se señala (apartado d.1) la clasificación exigible, mientras que en el apartado d.2 se señalan «en su caso» la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica, pero sin aclarar cuál es el caso en el que es aplicable la clasificación y cuál es el caso en el que es aplicable la solvencia, dando lugar además a la duda de si se trata o no de dos sistemas alternativos de acreditación de la capacidad. Por otro lado, la redacción del apartado d.2) se limita a reproducir el artículo 75 TRLCSP (incluyendo la remisión a su inexistente desarrollo reglamentario), cuyo contenido, como ya se ha dicho, no ha entrado aún en vigor y no es aplicable al contrato,

sin concretar qué medio de acreditación se desea obtener ni especificar qué nivel mínimo debe acreditarse; la cláusula octava («Acreditación de la aptitud para contratar») está redactada en el mismo sentido. Si bien la impugnación se circunscribe al anuncio y no ataca directamente los Pliegos, este Órgano estima que no es incongruente la anulación de estas cláusulas del PCAP porque son, por remisión, parte de la infracción de la publicidad exigida en el artículo 62.2 TRLCSP y denunciada en el recurso. Por otro lado, se observa que los requisitos y medios de acreditación de la solvencia técnica, que no son objeto del recurso y por lo tanto no pueden ser afectados por esta Resolución, adolecen de vicios de legalidad análogos a los señalados en este fundamento.

11.1.2 Forma y extensión de la oferta

Resolución 122/2014

NOVENO: Las cláusulas que fijan un límite para la extensión de la oferta tienen, en principio, una finalidad perfectamente legítima, pues pretenden una valoración más sencilla y objetiva, al forzar a los licitadores a expresar con concisión y claridad los elementos sustanciales de su oferta descartando lo accesorio (ver la Resolución 100/2013 de este OARC/KEAO). Estas cláusulas se amparan en el artículo 67.4 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que establece que los pliegos pueden regular la forma y el contenido de las proposiciones. En el caso analizado, la cláusula 8.3.3 del PCAP, no impugnada en tiempo y forma y por lo tanto ley del procedimiento para Administración y licitadores, señalaba que el documento acreditativo de la propuesta técnica no podía superar las 150 páginas. Consecuentemente, la exclusión del recurrente es correcta, pues su propuesta es un documento de 420 páginas.

Debe descartarse que sea relevante que el PCAP no diga expresamente que la infracción de la cláusula 8.3.3 es causa de exclusión. No hay obligación de que el poder adjudicador establezca en los Pliegos un listado exhaustivo y cerrado de motivos de exclusión, siendo suficiente la clara literalidad de la cláusula 8.3.3 y el principio sentado por el artículo 145.1 TRLCSP, que hace equivaler la presentación de una proposición al acatamiento de las bases de la licitación. Por otro lado, la cláusula se refiere a una cuestión relevante y en absoluto accesorio o puramente ritual, como es la homogeneización de la forma y el contenido de las proposiciones para que todas ellas puedan ser valoradas en pie de igualdad y con idéntica objetividad. Aceptar la oferta del recurrente hubiera alterado esta finalidad en su favor y en perjuicio de los licitadores respetuosos con el límite. Como bien señalan el poder adjudicador y la empresa Laziturri, también hubiera sido contrario a la igualdad facilitar la subsanación de la oferta pues, dada la naturaleza de la infracción, tal subsanación solo podía consistir en la reelaboración de la documentación (es decir, en su modificación), lo que no es aceptable (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 29/3/2012, asunto C-599/10), y hubiera otorgado una ventaja inadmisibles al recurrente, que ya conocía las proposiciones de sus competidores.

Finalmente, también debe rechazarse que sean aquí aplicables la doctrina de los propios actos o el principio de confianza legítima, ya que éstos solo pueden tener efectos en el ámbito de los actos que permiten un margen de discrecionalidad, sin que puedan menoscabar el cumplimiento de aspectos reglados o de claros mandatos normativos, de tal modo que no

hay vinculación de la Administración a los precedentes ilegales (ver la sentencia del Tribunal Supremo de 16/9/2002, RC 7242/1997).

