

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

DOCTRINA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

Resoluciones que aplican la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI
2018



de Recursos Contra

DOCTRINA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

Resoluciones que aplican la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI
2018



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

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia

Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Vitoria-Gasteiz, 2019

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

Edición: 1ª, noviembre 2019

Tirada: 40 ejemplares

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

Internet: www.euskadi.net

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

Diseño: EkipoPO

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

Depósito Legal: VI 728-2019

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1. REQUISITOS DEL RECURSO..... | 9 |
| 1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA | 9 |
| 1.1.1. De asociación que actúa fuera del ámbito geográfico señalado en sus estatutos | 9 |
| 1.1.2. Del licitador excluido no firme | 10 |
| 1.1.3. De sindicato para impugnar la omisión de los costes de subrogación y falta de publicación en el DOUE..... | 12 |
| 1.1.4. Del licitador excluido que impugna la adjudicación pero no solicita l a declaración de desierto..... | 13 |
| 1.2 PLAZO, FORMA Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN. | 13 |
| 1.2.1 Plazo de interposición si comunicación verbal de la exclusión..... | 13 |
| 1.2.2 Plazo si presentación en correos y comunicación simultánea al OARC | 14 |
| 1.2.3 Plazo de interposición si se notifica uno distinto al establecido en la LCSP | 15 |
| 1.2.4 Cómputo del plazo de interposición si incumplimiento de la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP. | 15 |
| 1.2.5 Preclusividad del plazo de interposición respecto de cláusulas que pudieron impugnarse en el recurso contra unos pliegos anteriores..... | 17 |
| 1.2.6. Cómputo del plazo de interposición si la notificación del acto se efectúa únicamente en euskera sin que lo solicite el interesado..... | 19 |
| 1.2.7. Plazo de interposición cuando la adjudicación no se ha publicado el mismo día en que se remitió el aviso de notificación en el perfil. | 19 |
| 1.3 ACTOS RECURRIBLES..... | 20 |
| 1.3.1 No es acto recurrible el informe de valoración | 20 |
| 1.3.2 No es impugnabile la ejecución de una resolución del OARC..... | 21 |
| 1.3.3 No es impugnabile el requerimiento de aclaración de la oferta | 21 |
| 1.3.4 Es impugnabile la decisión de no formalizar el contrato | 22 |
| 1.4 CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL | 23 |
| 1.4.1 Contrato mixto | 23 |
| 1.4.2 Contrato patrimonial | 23 |
| 1.5 PODERES ADJUDICADORES SUJETOS A LA COMPETENCIA DEL OARC / KEAO | 25 |
| 1.5.1. Junta de Concertación de Zorrotzaurre | 25 |
| 1.6 OTRAS CUESTIONES PROCESALES..... | 25 |
| 1.6.1 La página web del poder adjudicador no cumple los requisitos exigidos al perfil ni se halla integrada en una plataforma de contratación..... | 25 |
| 1.6.2. La caducidad no es aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato..... | 27 |
| 1.6.3 Tasa para la presentación de proyectos..... | 27 |

| | |
|---|----|
| 2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA | 29 |
| 2.1 IGUALDAD DE TRATO | 29 |
| 2.2 PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA | 30 |
| 3. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN..... | 33 |
| 3.1 OPERADORES ECONÓMICOS | 33 |
| 3.1.1 Centros especiales de empleo..... | 33 |
| 3.4 SOLVENCIA | 37 |
| 3.4.1 No discriminación..... | 37 |
| 3.4.2 Titulaciones académicas..... | 42 |
| 3.4.3 Trabajos similares..... | 43 |
| 3.4.4 Documento europeo único de contratación..... | 43 |
| 3.4.5 Visita previa a las instalaciones | 45 |
| 3.4.6 Exigencia de presentación de una maqueta a todos los licitadores | 45 |
| 4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN | 47 |
| 4.1 PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN..... | 47 |
| 4.1.1 Concurso de proyectos | 47 |
| 4.1.2 Acuerdo Marco..... | 48 |
| 4.3 COMITÉ DE EXPERTOS..... | 51 |
| 4.3.1 Composición del Comité de expertos..... | 51 |
| 5. PLIEGOS DEL CONTRATO | 53 |
| 5.1 CUESTIONES GENERALES..... | 53 |
| 5.1.1 Correcta definición del objeto | 53 |
| 5.1.2 División en lotes..... | 54 |
| 5.1.3 Requisitos de las modificaciones previstas | 55 |
| 5.1.4 Documentos incluidos en el concepto de “pliegos” | 56 |
| 5.1.5 Vigencia y plazo de ejecución | 57 |
| 5.1.6 Rectificaciones de los pliegos..... | 58 |
| 5.1.7 Motivación de distintos aspectos del expediente..... | 58 |
| 5.3 PRECIO Y PRESUPUESTO | 59 |
| 5.3.1 Precio del contrato y adecuación al mercado | 59 |
| 5.4 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN..... | 61 |
| 5.4.1 Vinculación al objeto | 61 |
| 5.4.2 Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria | 62 |
| 5.4.3 Criterios sujetos a fórmulas | 63 |

| | | |
|--------|--|----|
| 5.4.4 | El precio como criterio de adjudicación..... | 63 |
| 5.4.5 | Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva..... | 64 |
| 5.4.6 | Criterios de adjudicación en los servicios del Anexo IV y prestaciones de carácter intelectual..... | 65 |
| 5.4.7 | No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración | 67 |
| 5.5 | PRESCRIPCIONES TÉCNICAS..... | 68 |
| 5.5.1 | Barreras de entrada a la competencia..... | 68 |
| 5.5.2 | Función de las prescripciones técnicas..... | 69 |
| 5.6 | VARIANTES Y MEJORAS..... | 71 |
| 5.6.1 | Mejoras: concepto..... | 71 |
| 5.7 | OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES..... | 72 |
| 5.7.1 | Obligación legal | 72 |
| 5.8 | CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN..... | 73 |
| 5.8.1 | Condición de ejecución medioambiental..... | 73 |
| 6. | CUESTIONES RELATIVAS A LAS PROPOSICIONES..... | 75 |
| 6.2 | PLAZO DE PRESENTACIÓN..... | 75 |
| 6.2.1 | Inferior al establecido en la norma | 75 |
| 6.3 | SECRETO DE LA OFERTA Y VALORACIÓN SEPARADA..... | 76 |
| 6.3.1 | Finalidad de la apertura separada de sobres..... | 76 |
| 6.3.2 | Vulneración material del secreto..... | 77 |
| 6.5 | SUBSANACIÓN Y ACLARACIONES..... | 77 |
| 6.5.1 | Aclaración de las ofertas..... | 77 |
| 6.5.2 | No cabe subsanar las carencias probatorias de los documentos | 78 |
| 9. | LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO | 79 |
| 9.1 | CUMPLIMIENTO Y EFECTOS..... | 79 |
| 9.1.1 | Incidente de ejecución respecto de una resolución del OARC incumplida..... | 79 |
| 9.1.2 | Cancelación de la licitación pero posibilidad de utilizar los mismos pliegos en el nuevo procedimiento | 79 |
| 9.1.3 | El OARC no puede establecer <i>a priori</i> un contenido determinado de los pliegos | 80 |
| 9.1.4. | Efectos de la anulación de los pliegos por no justificar la división en lotes | 80 |
| 9.1.5. | Cancelación de la licitación pero no de los pliegos | 81 |
| 9.1.6. | Efectos de la resolución limitados por el principio de congruencia | 81 |
| 9.3 | TEMERIDAD O MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO | 81 |
| 9.4 | PÉRDIDA DEL OBJETO DEL RECURSO..... | 82 |



| | |
|---|----|
| 10. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES | 85 |
| 10.1 NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES..... | 85 |
| 10.1.1 Obligación de notificar la exclusión decretada por la mesa de contratación..... | 85 |
| 11. OTRAS CUESTIONES..... | 87 |
| 11.1 OTRAS CUESTIONES | 87 |
| 11.1.1 Transitoriedad entre el TRLCSP y la LCSP..... | 87 |
| 11.1.2 Inaplicación de la Ley de Sociedades de Capital a una Junta de Concertación | 88 |
| 11.1.3 El pago de los servicios efectivamente prestados no supone subsanar los vicios de legalidad de la relación jurídica con el proveedor..... | 88 |

1. REQUISITOS DEL RECURSO

1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1.1.1. De asociación que actúa fuera del ámbito geográfico señalado en sus estatutos

Resolución 111/2018

ÚNICO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de D. O.H.G., que actúa en su nombre. Por lo que se refiere a la legitimación activa, el artículo 48 de la LCSP establece que podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Con base en la redacción del artículo 42 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), muy similar a la de este precepto, este OARC / KEAO ha admitido la legitimación activa de asociaciones sin intención de obtener la adjudicación del contrato, siempre y cuando el recurso buscara la satisfacción de un interés legítimo cuya defensa formara parte de las finalidades de la entidad, tal y como se describen en los correspondientes estatutos (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2014). Analizados los Estatutos de GUREAK, se observa que su artículo 2 le permite, para el cumplimiento de sus fines, «ejercitar toda clase de acciones conforme a las Leyes o a sus Estatutos». Entre dichos fines figura el de la defensa de los derechos de los animales, luchando contra su sacrificio, abandono y maltrato, objetivo coincidente con las pretensiones del recurso. Sin embargo, los Estatutos especifican que los animales cuyos derechos se defienden son los de «la Zona Minera – Meatzaldea». Esta denominación no se corresponde con una identidad legalmente diferenciada o delimitada (por ejemplo, como entidad local con personalidad jurídica propia o como circunscripción electoral en las elecciones a Juntas Generales). Como unidad histórica, geográfica, sociológica o cultural se considera compuesta por los municipios de Valle de Trápaga – Trapagaran, Ortuella, Abanto Zierbena, Zierbena y Muskiz, a los que a veces se añaden total o parcialmente otros, como Sopuerta, Galdames o Güeñes. Sin embargo, es pacífica su distinción de los municipios ribereños de la ría del Nervión o Ibaizabal integrados en la Margen Izquierda, es decir, Barakaldo, Santurtzi, Sestao y, lo que es relevante para el caso, Portugalete.¹ Consecuentemente, la impugnación de un contrato cuyo ámbito incluye

¹Ver, por ejemplo, los siguientes enlaces: [https://es.wikipedia.org/wiki/Zona_Minera_\(Vizcaya\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Zona_Minera_(Vizcaya)) y http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/perfiles_salud/es_def/adjuntos/bizkaia/ ZONA%20MINERA%20%20Perfiles%20de%20salud.pdf así como el artículo «Margen izquierda y zona minera (Bizkaia): un territorio metropolitano como escenario del cambio social», de José Ignacio Homobono, disponible en el siguiente enlace: [http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_10_Antropologia_cultural_MARGEN%20IZQUIERDA%20Y%20ZONA%20MINERA%20\(BIZKAIA\)_%20UN%20TERRI.pdf?hash=1f3e2fcbfe7bcc9434b5263a5ad44e26](http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_10_Antropologia_cultural_MARGEN%20IZQUIERDA%20Y%20ZONA%20MINERA%20(BIZKAIA)_%20UN%20TERRI.pdf?hash=1f3e2fcbfe7bcc9434b5263a5ad44e26).

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

1.1.2. Del licitador excluido no firme

Resolución 117/2018

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

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

El concepto de interés legítimo ha sido tratado por este OARC /KEAO en diversas resoluciones (por todas la Resolución 082/2016), y puede resumirse en que (...) el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, de forma que el «interés legítimo» no puede ser asimilado al del «interés en la legalidad», lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico lo permite.

Sobre la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación, en la Resolución 082/2016 se decía que el recurrente impugna la totalidad de las ofertas aceptadas en la licitación por no cumplir alguna o varias de las frecuencias previstas en el PCT. Por tanto, debe observarse que el recurrente sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real si se estimara el recurso en la totalidad de sus pretensiones, de modo que el poder adjudicador se vería obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la adjudicación del contrato. En este mismo sentido, en la Resolución 97/2013 se afirmaba que (...) el recurrente goza de un interés legítimo en cuanto que podría obtener un beneficio real, no hipotético, de la anulación de la adjudicación, como puede ser el que ésta sea declarada desierta y la posibilidad de que se vuelva a iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.

De acuerdo con la doctrina expuesta, FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK estaría legitimada para interponer el recurso ya que su hipotética estimación implicaría la exclusión de INTEGRA, adjudicatario impugnado y única oferta que permanece en la licitación, de modo que siendo el objeto del contrato la prestación de un servicio continuado y habitualmente externalizado, el poder adjudicador se vería obligado a declarar desierto el contrato e iniciar un nuevo procedimiento, en el que FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK podría participar con la expectativa de su posible adjudicación, obteniendo un beneficio tangible. Esta doctrina ha

sido confirmada por la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013 (Asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448) que señala en su apartado 33 que:

el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica. En efecto, en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada. Consecuentemente, el TJUE establece que la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que, si en el marco de un procedimiento de recurso el adjudicatario que obtuvo el contrato y que ha interpuesto un recurso incidental plantea una excepción de inadmisibilidad basada en la falta de legitimación del licitador que interpuso aquel recurso debido a que la oferta presentada por éste debería haber sido rechazada por la entidad adjudicadora por no ajustarse a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, la citada disposición se opone a que se declare la inadmisibilidad de dicho recurso como consecuencia del examen previo de esa excepción de inadmisibilidad sin pronunciarse acerca de si cumplen las especificaciones técnicas tanto la oferta del adjudicatario que obtuvo el contrato como la del licitador que interpuso el recurso principal. Por ello, se puede afirmar que el interés legítimo del licitador que no ha sido excluido con carácter firme se basa en la expectativa de declarar desierto el contrato y en poder acceder al nuevo procedimiento de contratación con la posibilidad de obtenerlo. De esta forma, tendría una segunda oportunidad para competir y una posibilidad de obtenerlo a través de esta vía. En este sentido, el OARC/KEAO, en su Resolución 2/2017 ha venido a señalar que se acepta la legitimación para impugnar la adjudicación del licitador que haya sido previamente excluido del procedimiento cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible una nueva licitación a la que puede presentar una oferta, por considerar que esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.

Por otro lado, es relevante que la exclusión del recurrente del procedimiento de adjudicación no ha adquirido firmeza. Es cierto que el TJUE declaró en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, apartados 13 a 16, 31 y 36), que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido firmeza antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación. Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten

con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada (ver, en especial, los apartados 34 a 36 de la sentencia citada).

En el caso analizado consta que el recurrente ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 56/2018 de este OARC/KEAO y no consta que haya recaído pronunciamiento judicial alguno ni que el recurrente lo haya abandonado por cualquier circunstancia, por lo que el acuerdo de exclusión no ha ganado aún firmeza y el recurrente goza de legitimación para recurrir.

1.1.3. De sindicato para impugnar la omisión de los costes de subrogación y falta de publicación en el DOUE

Resolución 128/2018

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de D.I.S.A., que actúa en nombre del recurrente. Por lo que a la legitimación se refiere, debe recordarse el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 448/2015, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO. En él se establece que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses laborales y económicos de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible.

En el caso analizado, el recurrente pretende, en síntesis, que se revoque el pliego impugnado, ordenando la publicación de un nuevo pliego que incluya correctamente los extremos señalados en el recurso, fijando también las cantidades presupuestadas de modo que se garantice la ejecución del servicio sin que ello suponga un menoscabo en las condiciones laborales de los trabajadores. En el escrito de recurso se alegan dos motivos para fundar la pretensión:

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

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

1.1.4. Del licitador excluido que impugna la adjudicación pero no solicita la declaración de desierto

Resolución 180/2018

Si bien este OARC / KEAO ha aceptado la legitimación de un licitador excluido mientras dicha exclusión no sea firme para recurrir la adjudicación del contrato, dicha legitimación está condicionada a que de la estimación de la pretensión se derive para él la satisfacción de un interés legítimo, como sería la declaración de procedimiento desierto, la cual supondría muy probablemente la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación en el que podría presentarse una nueva proposición, mejorando así su posición de excluido. Dado que, en este caso, el recurso no solicita dicha declaración, el rechazo de la impugnación de la exclusión impide el análisis del último motivo de recurso, fundado en la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

1.2 PLAZO, FORMA Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN.

1.2.1 Plazo de interposición si comunicación verbal de la exclusión

Resolución 78/2018

Por lo que se refiere al plazo de interposición, el poder adjudicador alega que el recurso es extemporáneo. Según expone en su informe de contestación, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que, cuando se interponga contra actos de trámite, el plazo de interposición del



recurso es de quince días hábiles, cuyo cómputo se inicia a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción; dado que la recurrente conoció el acuerdo de exclusión el mismo día 25 de abril (fecha del acto de apertura de los sobres que contienen la documentación relativa a los criterios sujetos a apreciación mediante fórmula, al que acudió el representante de la UTE), pudo acceder a la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor, que se dio a conocer en dicha sesión y que suponía su exclusión del procedimiento. Consecuentemente, el recurso debiera inadmitirse, dado que el plazo para su interposición finalizó el día 18 de mayo. A todo ello añade que no hay obligación legal de notificar el acto de exclusión.

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

1.2.2 Plazo si presentación en correos y comunicación simultánea al OARC

Resolución 87/2018

Según consta en el expediente, el recurso se presentó en la oficina de Correos el día 25 de mayo, tal y como acredita el correspondiente sello de entrada, que lo remitió a este Órgano el día 29 de mayo; simultáneamente, el recurrente envió al OARC / KEAO el mismo documento por correo electrónico el citado día 29, si bien se trataba de una copia sin sello de entrada, que fue la que a su vez se remitió al poder adjudicador. Por esta razón, Osakidetza afirma que no le consta otra fecha de entrada que el 29 de mayo, que es la que figura en la aplicación del OARC / KEAO; no obstante, es claro que el recurso se ha presentado en uno de los lugares autorizados, según los artículos 51.3 de la LCSP y 16.4 b) de la Ley 39/2015,

del procedimiento administrativo común. Consecuentemente, debe descartarse la alegación de extemporaneidad formulada por el poder adjudicador.

1.2.3 Plazo de interposición si se notifica uno distinto al establecido en la LCSP

Resolución 96/2018

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

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

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

1.2.4 Cómputo del plazo de interposición si incumplimiento de la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP.

Resolución 107/2018

Debe examinarse si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal dado que, además de ser una cuestión de orden público procesal que puede ser analizada por el OARC/KEAO para

determinar la admisibilidad o no del mismo, el poder adjudicador alega su extemporaneidad. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 de la LCSP dispone que:

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

(...)

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

Por su parte, la Disposición Adicional Decimoquinta establece que:

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

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

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

A este respecto, el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas relativo al cómputo de los plazos, dispone que Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso. Consultados los calendarios laborales del municipio y Comunidad Autónoma, tanto del interesado (Madrid) como la del órgano administrativo (Vitoria-Gasteiz), se observa que, además de los sábados y domingos, han ser considerados como inhábiles los días 1, 2 y 15 de mayo a los efectos del cómputo del plazo. En consecuencia, podemos concluir que el plazo de los 15 días hábiles para la presentación del presente recurso finalizaba el 22 de mayo, por lo que su entrada en el registro del poder adjudicador el 21 del mismo mes es temporánea y, por tanto, el recurso debe admitirse.

1.2.5 Preclusividad del plazo de interposición respecto de cláusulas que pudieron impugnarse en el recurso contra unos pliegos anteriores.

Resolución 152/2018

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

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

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

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

- la cláusula 30.2 de la carátula del PCAP y apartado 18.2 del PPT en cuanto al criterio de adjudicación relativo al precio.
- la cláusula 29.1 de la carátula del PCAP en cuanto impide la presentación del DEUC como documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos previos de acceso.
- el último inciso del último párrafo del apartado 5.12 del PPT, desde “Una vez confirmado...” hasta “...mantenimiento objeto del contrato”.
- la cláusula 8 del PPT.

Si tal y como manifiesta OSAKIDETZA los pliegos y anuncio que ahora se impugnan son los aprobados y publicados en ejecución de la Resolución 40/2018, de 22 de marzo de 2018 del OARC / KEAO, estaríamos ante la ejecución de una Resolución firme de este Órgano, por lo que si el pliego dictado y aprobado en ejecución de la citada resolución se ajusta a lo dispuesto en ella el recurso deberá ser inadmitido por encontrarnos ante la llamada

«cosa juzgada administrativa». Téngase en cuenta que lo contrario sería tanto como dejar sin efecto una resolución firme de este OARC/KEAO. Únicamente podrán debatirse en la fase actual del procedimiento de adjudicación del contrato las cláusulas nuevas y diferentes a las que figuraban en los pliegos primeramente recurridos y aquellas otras de las que, aun permaneciendo iguales, se discuta su adecuación al nuevo marco jurídico sobrevenido (téngase en cuenta que el pliego analizado en la Resolución 40/2018 debía ajustarse al derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante, TRLCSP, y no a la LCSP).

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

El recurso especial persigue un efecto útil, que consiste en la posibilidad de que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros). No obstante, este principio ha de conjugarse con el de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665, en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica (STJUE asunto C-470/1999, párr. 75).

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

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

1.2.6. Cómputo del plazo de interposición si la notificación del acto se efectúa únicamente en euskera sin que lo solicite el interesado

Resolución 157/2018

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

Artículo 8.

(...)

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

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

1.2.7. Plazo de interposición cuando la adjudicación no se ha publicado el mismo día en que se remitió el aviso de notificación en el perfil.

Resolución 166/2018

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

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

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

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

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

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

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

Consta en el expediente que la fecha de envío del aviso de notificación fue el 7 de septiembre, y que la publicación en el perfil del contratante se produjo el 12 de septiembre, por lo que el cómputo del plazo debe iniciarse desde la recepción de la notificación, que se produjo el 10 de septiembre y que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Consecuentemente, el plazo finalizaba el día 1 de octubre y la interposición el 2 de octubre es extemporánea, lo que supone la inadmisión del recurso, según lo dispuesto en el artículo 55 d) de la LCSP.

1.3 ACTOS RECURRIBLES

1.3.1 No es acto recurrible el informe de valoración

Resolución 93/2018

Se plantea la cuestión de si el acto recurrido, esto es, el informe técnico de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, puede ser objeto de recurso especial. A juicio de este OARC / KEAO, la respuesta debe ser negativa, pues el citado informe no figura entre los actos citados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Por el contrario, nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de

un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), las cuales no se hallan comprendidas en el amplio campo de las actuaciones recurribles. En este sentido, los informes técnicos como el impugnado no tienen más virtualidad que auxiliar a los órganos competentes en su función de determinar la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación, pero no son actos que, por sí mismos, sean susceptibles de causar perjuicio alguno a los licitadores. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 22.1.4º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el recurso no puede ser admitido a trámite.

1.3.2 No es impugnabile la ejecución de una resolución del OARC

Resolución 164/2018

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

Nos encontramos ante la impugnación de un acto de ejecución de una Resolución de este OARC/KEAO, en el que no se plantea ninguna cuestión, jurídica o de hecho, nueva o diferente a las que surgieron durante el procedimiento de adjudicación y en el acto que le puso término, que es el acuerdo de adjudicación del pleno del Ayuntamiento de fecha 28 de marzo de 2018. El ahora recurrente, FCC, no interpuso recurso alguno contra este último acuerdo por lo que, en lo que a él respecta, nos hallamos ante un acto firme y consentido por el transcurso del tiempo que, consecuentemente, no puede atacar. Resultaría contrario al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que el plazo de interposición del recurso quedara indefinidamente abierto y que los candidatos o licitadores pudieran alegar en cualquier momento, incluso transcurrido ampliamente el dictado del acto que pone fin al procedimiento de contratación, las infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello a la entidad adjudicadora a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones.

1.3.3 No es impugnabile el requerimiento de aclaración de la oferta

Resolución 173/2018

El poder adjudicador y GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. solicitan la inadmisión del recurso. A juicio de este OARC/KEAO, esta alegación debe aceptarse, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas,

ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, la Mesa de Contratación se limita a requerir a un licitador una aclaración del alcance del contenido de su oferta sin modificar esta última, por lo que nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.

1.3.4 Es impugnabile la decisión de no formalizar el contrato

Resolución 94/2018

Por lo que se refiere a su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, debe partirse de la base de que la literalidad de la Resolución del órgano de contratación de 24 de abril de 2018 recurrida dispone excluir a las empresas que retiraron el vehículo después de la adjudicación y antes de la formalización del contrato; es decir, la impugnación se plantea contra un acto que pretende dejar sin efecto la adjudicación ya dictada en favor del recurrente. El efecto natural de dicha adjudicación es, en principio, y de modo automático, la formalización en favor del adjudicatario, la cual supone la perfección del contrato (artículo 27.1 del TRLCSP); de hecho, la finalidad de la reforma operada en nuestra legislación contractual por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para introducir la perfección por la formalización (alterando así el criterio tradicional de la perfección por la adjudicación) era precisamente separar el acto por el que se selecciona, tras el correspondiente procedimiento, la oferta económicamente más ventajosa, del acto por el que se celebra el negocio jurídico, con la intención de que el primero, que ya reúne todos los elementos que luego tendrá el contrato perfeccionado, fuera recurrible por la vía del recurso especial antes de dicha celebración o perfección. Por ello, la Resolución de 24 de abril debe entenderse incluida entre los actos de trámite recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que decide «directa o indirectamente sobre la adjudicación» nada menos que privándola de su efecto más genuino, que es la formalización en favor del adjudicatario. Esta interpretación es, además, la más consecuente con el efecto útil de la Directiva 89/665/CEE (cuya incorporación al Derecho interno son los artículos 44 y siguientes de la LCSP), según se interpreta esta norma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, especialmente en sus apartados 26 y 27; de ellos se deduce que todas las decisiones de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sean susceptibles de infringirlas, estarán sujetas al control jurisdiccional previsto en la citada Directiva, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase también la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada, así como la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, que admite expresamente el recurso

al que se refiere la Directiva 89/665/CEE contra una decisión posterior a la adjudicación inicial y anterior a la perfección del contrato). Consecuentemente, dado que la denegación ilegal o arbitraria de la formalización del contrato sería una infracción del Derecho de la Unión y nacional de la contratación pública porque privaría ilícitamente al adjudicatario de obtener y ejecutar el contrato, debe considerarse que el acto impugnado se incluye dentro del ámbito objetivo del recurso especial.

1.4 CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL

1.4.1 Contrato mixto

Resolución 112/2018

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

1.4.2 Contrato patrimonial

Resolución 172/2018

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

1. La cláusula segunda del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige el contrato al que se refiere el recurso establece que el objeto del contrato es «la enajenación, mediante procedimiento abierto, de la parcela edificable denominada SI-1, de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 del Área Mixta de Zorrotzaurre de Bilbao, propiedad del Ayuntamiento de Bilbao».

2. El artículo 9.2 de la LCSP excluye del ámbito de aplicación de dicha Ley, entre otros, «los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. Por su parte, el artículo 44.1 a) de la LCSP no incluye entre los contratos comprendidos en el ámbito objetivo del recurso especial los contratos patrimoniales.

3. »En consecuencia con los dos apartados anteriores, el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 c) de la LCSP, pues se dirige contra un contrato no sujeto al recurso especial; en particular, no puede entenderse que se trate de un contrato de obras. El artículo 13.1 de la LCSP, en línea con el Considerando 9 y artículo 2.1.6 de la Directiva 2014/24/UE, establece que son contratos de obras los que tienen por objeto bien la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra. Sobre el requisito de la influencia decisiva, la Resolución 59/2015 del OARC / KEAO señaló que requiere que las obras deben responder a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, que adopta las medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto, las cuales deben enmarcarse en una relación contractual, y no en el uso de potestades administrativas generales, como las atribuidas a los municipios en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística² (ver los apartados 67 y 69 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168). Llegados a este punto, no se observa que el objeto del contrato pueda considerarse un contrato público de obra. Así, aunque la cláusula vigesimoprimeras del PCAP establece la obligación de entrega al poder adjudicador de un local construido conforme a ciertas características por él definidas, el artículo 18.2 a) de la LCSP impide la aplicación de la legislación contractual al procedimiento de adjudicación, ya que dicha entrega es accesoria respecto a la prestación principal, que no es otra que la venta de un terreno destinado a la futura construcción de viviendas de protección pública. Por otro lado, por más que el PCAP contenga menciones al necesario respeto a la normativa en materia de viviendas de protección pública o incluya ciertos aspectos relativos a la futura edificación de la parcela o a la promoción de viviendas entre los criterios de adjudicación o solvencia, e incluso fije un plazo máximo para la ejecución de dicha promoción³, ninguna de estas estipulaciones conlleva un encargo al adjudicatario para que ejecute una obra, sino que se trata tan solo de cláusulas accesorias a un negocio jurídico patrimonial (ver, por ejemplo, el artículo 111.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas)».

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

³Ver las cláusulas segunda, undécima, decimoquinta y vigesimoprimeras del PCAP.

1.5 PODERES ADJUDICADORES SUJETOS A LA COMPETENCIA DEL OARC / KEAO

1.5.1. Junta de Concertación de Zorrotzaurre

Resolución 85/2018

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

1.6 OTRAS CUESTIONES PROCESALES

1.6.1 La página web del poder adjudicador no cumple los requisitos exigidos al perfil ni se halla integrada en una plataforma de contratación

Resolución 62/2018

La primera cuestión planteada por el recurso es cuál es la normativa a la que debe sujetarse el contrato. Mientras el recurrente entiende que debe aplicarse la LCSP, el poder adjudicador y el alegante estiman que el contrato se rige por el TRLCSP, como se establece en los pliegos. La apreciación de este OARC / KEAO debe partir de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP (titulada «Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley»), cuya literalidad es la siguiente:

Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que

los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

A la vista de esta redacción, es claro que el punto crítico del procedimiento de adjudicación que dirime si un concreto expediente debe regirse por una u otra normativa es la publicación de la «correspondiente convocatoria», de modo que la publicación hasta el 8 de marzo determina la inclusión en el ámbito objetivo del TRLCSP y la publicación el día 9 de marzo⁴ o fecha posterior implica la sujeción a la LCSP. En el expediente consta que la publicación en el BOG se produjo el día 9 de marzo. Por lo que se refiere a la publicación en el perfil del contratante, el poder adjudicador afirma que en el punto 9 del anuncio («Otras informaciones»), suscrito por la alcaldesa con fecha 2 de marzo, ya se señala que los pliegos de la licitación están disponibles en la página web del Ayuntamiento, lo que supondría una publicación anterior al 9 de marzo y, consecuentemente, la aplicación del TRLCSP. Este OARC / KEAO no comparte esta alegación; en primer lugar, la publicación de los pliegos no es ni puede identificarse en forma, contenido o finalidad con la publicación del anuncio de licitación, y en segundo lugar, no consta que la página web municipal señalada (www.astigarraga.eus) cumpla los requisitos técnicos legalmente exigidos al perfil del contratante, como contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo; tampoco consta la inserción del anuncio en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi o en la del estado (ver, por ejemplo, los artículos 53 y 334.5 del TRLCSP). Consecuentemente, el único anuncio de licitación de cuya fecha consta certeza es el publicado en el BOG de 9 de marzo, lo que supone que el régimen jurídico aplicable es el de la LCSP. Dado que la fecha de publicación del anuncio está señalada en la Disposición Transitoria Primera como un hecho objetivo, es irrelevante que tal fecha se haya podido retrasar por causas no imputables al Ayuntamiento. No obstante, no puede dejar de mencionarse que el envío del anuncio al BOG se produjo el 2 de marzo y que el artículo 12 de la Norma Foral 5/2007, de 27 de marzo, reguladora del BOG, modificada por la Norma Foral 1/2015, establece, para la publicación de la documentación remitida, un plazo general máximo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su entrada en el registro y un plazo excepcional de tres días hábiles si el órgano remitente lo solicita como urgente (en este caso, consta que expresamente se calificó como «no urgente»), contados a partir del día hábil siguiente al registro o a la justificación del pago; por lo tanto, no puede decirse que haya habido retraso por parte del BOG.

La aplicación de la LCSP supone que debe anularse la cláusula 21 (por error, el recurso habla de la cláusula 31, que no existe), que en su apartado 1 establece que, para lo no previsto en los pliegos, el contrato se regirá por el TRLCSP. Aunque el recurso indica que la diferencia entre ambas normas es fundamental en materias esenciales, lo cierto es que, además de una referencia genérica a la solvencia, solo se menciona expresamente la diferente regulación del plazo máximo de los contratos de servicios de tracto sucesivo, que es de cinco años en el artículo 29.4 de la LCSP, lo que contradice la cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece un plazo máximo de 6 años. A

⁴Fecha de inicio de entrada en vigor de la LCSP (que se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 272 del día 9 de noviembre de 2017), según su Disposición Final Decimosexta.

partir de ahí, no es compatible con el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) ni con la propia naturaleza del recurso, que un procedimiento impugnatorio se convierta en una denuncia o solicitud de que este OARC / KEAO haga una revisión general del expediente a la búsqueda de infracciones de la LCSP que el recurrente no ha sido capaz de concretar (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO).

1.6.2. La caducidad no es aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato

Resolución 125/2018

El único motivo que fundamenta la pretensión es que el procedimiento de adjudicación en el que se inserta el acto impugnado ha caducado, lo que conllevaría el archivo del procedimiento. A juicio de este OARC / KEAO, dicha pretensión debe desestimarse por no ser aplicable la figura de la caducidad a los procedimientos de adjudicación. A continuación se expresa el criterio de este Órgano sobre todo ello.

Es doctrina reiterada de los órganos y tribunales administrativos encargados de la resolución de los recursos especiales (ver, por todas, la Resolución 500/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), que este OARC / KEAO comparte, que la institución de la caducidad no es aplicable a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (cuestión distinta es la de su virtualidad en otros procedimientos previstos en la legislación contractual, como, por ejemplo, el de resolución del contrato). La razón principal es que el TRLCSP (como ahora la LCSP) no contempla la invalidez de la adjudicación por haber sido dictada una vez superado el plazo legalmente previsto. Ello implica que debe aplicarse el principio general contenido en el artículo 48.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, que establece que el dictado extemporáneo del acto solo conlleva invalidez cuando lo impone la naturaleza del citado plazo o término. En este caso, de la propia norma se puede deducir la inexistencia de vicio invalidante porque ella misma señala consecuencias diferentes de la anulabilidad (especialmente, indemnización, en su caso, y derecho a retirar la oferta con los requisitos del 161.4 del TRLCSP). Consecuentemente, el motivo de impugnación debe desestimarse.

1.6.3 Tasa para la presentación de proyectos

Resolución 181/2018

La recurrente pone en duda la adecuación a la legislación de contratos del pago de la tasa por la presentación de los proyectos. Este Órgano, siguiendo la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 844/2014, ha de comenzar señalando que sus atribuciones se circunscriben, sola y exclusivamente, a controlar

la legalidad de los actos enumerados en el artículo 44.2 de la LCSP. Con ello se quiere manifestar que no puede enjuiciar cualesquiera otros actos administrativos, aunque provengan de la misma Administración licitadora y guarden relación con el propio procedimiento de licitación. Únicamente tendría la facultad de revisar la exigencia de la tasa por presentación de las proposiciones que se contempla en el Pliego si ésta no se ajustase a la Ordenanza reguladora (circunstancia no acreditada por la recurrente), pues lo contrario sería tanto como asumir cometidos propios de la Corporación Local que es a la que corresponde, por la vía del recurso de reposición o de los procedimientos especiales de revisión, resolver las reclamaciones que se dirijan frente a los actos de aplicación de los tributos locales (artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; en adelante, TRLHL). Mucho menos, en fin, podrá este Órgano llevar a cabo el examen de la legalidad de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa en cuestión, tarea ésta reservada a la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 19.1 TRLHL). Delimitado así el ámbito competencial de este Órgano, procede la desestimación del motivo impugnatorio.

2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1 IGUALDAD DE TRATO

Resolución 186/2018

Por lo que se refiere al reproche de que los subcriterios mencionados en el punto b3) anterior están diseñados en beneficio de la actual adjudicataria del contrato, dado que dicha empresa se halla en una situación de ventaja respecto del resto de los licitadores por ser la que dispone de toda la información cierta y actualizada de los diferentes espacios y elementos a inventariar, debe señalarse que en todos los contratos de tracto sucesivo en los que la entidad adjudicadora decide iniciar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato que ha sido ejecutado hasta ese momento por un único contratista, la ventaja de la que éste último goza es, en realidad, inevitable y constituye de alguna manera una ventaja inherente de facto. La citada ventaja solo se podría suprimir prohibiendo la participación de la empresa en el procedimiento, incluso como subcontratista, lo que de ningún modo cabe en la legislación sobre contratación pública. No obstante, dicha supuesta ventaja sería ilegítima si de los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario o durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil para la elaboración de la oferta. Además, los principios de igualdad de trato y transparencia implican la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones y dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C 470/99, Rec. p. I 11617, apartado 93, y de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C 213/07, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada), lo que conlleva que todos los información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se debe poner, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, que la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata, lo que podría compensar hipotéticas ventajas del proveedor anterior de la prestación licitada (ver las resoluciones 58/2012 y 6/2016 del OARC / KEAO).

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

2.2 PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Resolución 138/2018

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

Lo cierto es que los documentos contractuales no arrojan ninguna información sobre este extremo y ello en contra de lo dispuesto en el artículo 68.1 b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, 12 de octubre, que exige que el PPT incluya el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar. Esta obligación de señalar un número estimado de unidades en el PPT del contrato es una especificación del deber de transparencia que se le impone al poder adjudicador como forma de prevenir el riesgo de generar desigualdades entre licitadores (artículo 1 y 132 LCSP) y que implica que se les facilite toda la información relevante para formular una oferta.

Es cierto, como afirma el poder adjudicador, que este contrato tiene la dificultad de que en la documentación del contrato no se pueden definir con exactitud las unidades que efectivamente se van a demandar tras su adjudicación. No obstante, el órgano de contratación habrá calculado el valor estimado del contrato sobre unas previsiones y, en todo caso, cuenta con información sobre el número, modo y lugares de desplazamiento de años anteriores. Por otra parte, esta previsión no implica un compromiso de consumo de un número mínimo de prestaciones, ya que es perfectamente posible configurar un contrato de servicios por precios unitarios en función de las necesidades reales que vayan surgiendo al poder adjudicador sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar

el contrato (ver, en este sentido, la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP) y el poder adjudicador es consciente de ello porque la cláusula 1 párrafo tercero del PCAP se expresa en dicho sentido.

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

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

Resolución 163/2018

Este Órgano ha venido señalando (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 y la jurisprudencia europea que en ella se cita) que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la verdadera voluntad del poder adjudicador mediante criterios interpretativos aplicados a cláusulas contradictorias o imprecisas, castigándole con una grave consecuencia (en este caso, la exclusión de su oferta) si no tiene éxito en la tarea o si la conclusión obtenida no es la misma que la sostenida por el órgano de contratación (ver el artículo 1288 del Código Civil).

Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita). A juicio de este OARC / KEAO, llegar a comprender que la verdadera intención de la Administración es establecer un servicio de 3 horas diarias, como pide la versión en euskera, no requiere un trabajo hermenéutico precisado de herramientas jurídicas complejas, ni tampoco un exhaustivo

análisis sistemático de las cláusulas oscuras (ver, como ejemplo contrario, las Resoluciones 44 y 68/2018 del OARC / KEAO). Por el contrario, esta conclusión se deduce claramente del hecho de que otra cláusula relevante del PPT distinta de la contradictoria, y en ambas versiones lingüísticas, establezca esta condición (ver el apartado V del PPT, reproducido más arriba). Especialmente significativo es que el cuadro adjunto a la estipulación debatida sea también concordante con esta interpretación, pues solo así se explica que hable de 199 días y 597 horas ($199 \times 3 = 597$), cantidades incompatibles con una prescripción de 3 horas por semana, y que en ningún otro apartado del PPT pueda encontrarse una referencia acorde con la interpretación de que se piden 3 horas por semana, lo que deja claro que es la versión en castellano la que obedece a un error. El recurrente no planteó la duda al poder adjudicador mediante la oportuna consulta, a pesar de que la contradicción era evidente.

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

3. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN

3.1 OPERADORES ECONÓMICOS

3.1.1 Centros especiales de empleo

Resolución 130/2018

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

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

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

La naturaleza, alcance y requisitos del efecto directo fueron analizados en el documento «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», elaborado por los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales⁵. De dicho documento se deduce que la Directiva es una norma del derecho derivado de la UE que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Sin embargo, se trata de un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de su incorporación en los distintos ordenamientos

⁵Disponible en el siguiente enlace: http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf.

nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo sin que se haya incorporado su contenido, la consecuencia jurídica más relevante es que, si se cumplen ciertos requisitos, la Directiva tiene efecto directo, de modo que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado a su aplicación, desplazando en su caso la norma nacional que la contradiga. Por lo que interesa al caso, es especialmente importante señalar que entre los citados requisitos figura que la norma de la Directiva alegada contenga un mandato claro, preciso e incondicionado que el legislador nacional no ha respetado en la transposición al derecho interno (o que, simplemente, no ha traspuesto). Carecen de este requisito los preceptos cuyo contenido puede o no incorporarse al Ordenamiento nacional en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores sí cumplen esta condición.

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

Artículo 20

Contratos reservados

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

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

El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

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

Disposición adicional cuarta. Contratos reservados.

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

(...)

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

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

la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

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

También ha de descartarse que la transposición haya sido incorrecta por traspasar los límites del margen de actuación que ampara al estado miembro en esta tarea, sea por no respetar el núcleo necesario del precepto (que el recurso parece extender hasta negar la existencia de margen discrecional alguno), indisponible por ese margen, o por elaborar una incorporación fraudulenta por contraria a la intención de la Directiva (por ejemplo, mediante su transposición parcial, incompleta o selectiva). En particular, este Órgano estima que la incorporación del concepto operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas efectuada por la LCSP es plenamente respetuosa con la Directiva. En síntesis, el legislador nacional ha querido que en ese término se incluyan solo los Centros Especiales de Empleo que se caractericen por (i) ser promovidos y participados en más de un 50 por ciento por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos y (ii) obligarse a la reinversión íntegra de sus beneficios en favor de las personas discapacitadas, bien sea en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

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

También debe tenerse en cuenta que el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos, se refiere expresamente a empresas sociales. Este concepto carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban

⁶En este sentido se manifiestan los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales en el documento «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público».

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

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

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

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

3.4 SOLVENCIA

3.4.1 No discriminación

Resolución 160/2018

De acuerdo con el artículo 74 de la LCSP, para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación; asimismo, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para acreditarlos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. A la vista de este precepto, se observa lo siguiente:

1. Como se deduce de la motivación expresada en el último párrafo de la cláusula impugnada, la intención del poder adjudicador es admitir a la licitación únicamente a las empresas que, además de haber suministrado energía renovable por un cierto importe (como exige el «Tercer requisito» de la misma cláusulas 21.2), acrediten que, en el último año con datos disponibles, solo y exclusivamente han suministrado este tipo de energía. Ello supone que las empresas que han vendido un gran volumen de energía procedente de fuentes renovables, incluso aunque sea muy superior al que representa el valor estimado del contrato, no pueden acceder a la licitación si, además, han vendido un porcentaje de energía no procedente de fuentes renovables, sea cual sea este porcentaje y con independencia de la cantidad de energía de origen renovable que, en términos absolutos, hayan suministrado. Este requerimiento no es aceptable, pues no prueba ninguna capacidad técnica para la ejecución del contrato y, especialmente, ninguna capacidad técnica adicional o distinta de la que ya se demuestra mediante la relación de suministros previos similares a los que se pretende adquirir, que por cierto también se solicita como «Tercer requisito» de solvencia técnica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.1 a) de la LCSP. En este sentido, no se alcanza a entender por qué es solvente técnicamente la empresa que ha vendido un volumen muy pequeño de energía renovable que, sin embargo representa la totalidad de sus ventas, y no lo es otra que ha vendido un volumen muy grande de dicha energía, aunque además haya vendido también energía procedente de otras fuentes; dicho de otra forma, no hay razón para pensar que el hecho de vender energía de varios orígenes anula o disminuye la capacidad para suministrar energía renovable, pues ambas empresas obtienen la electricidad de la misma red de distribución o transporte y pueden adquirir igualmente GDOs expedidas a los productores de energía renovable. La explicación del pliego es que de un informe de la CNMC se deduce que hay 76 empresas comercializadoras (el 64% de todas ellas) que satisfacen la condición y que ello garantiza que no se restringen los principios de salvaguarda de la libre competencia e igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP). Este Órgano entiende que este argumento no es convincente y que sí se infringen dichos principios. El cumplimiento del principio de igualdad implica que cualquier trato desigual a los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato se fundamente en hechos o situaciones jurídicamente relevantes y en razones proporcionadas no arbitrarias ni discriminatorias, lo que, como ya se ha expresado, no sucede en este caso; es irrelevante que el número o porcentaje de las empresas discriminadas sea grande o pequeño. Análoga observación se puede hacer de las restricciones ilegítimas de la libre competencia, que no dejan de serlo aunque, a pesar de ellas, pueda optar al contrato una cantidad significativa de empresas.

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

Resolución 161/2018

Para determinar la viabilidad de la impugnación, lo señalado en la letra a) anterior debe contrastarse con los principios básicos que rigen los criterios de solvencia y sus medios de prueba. En particular, el artículo 74 de la LCSP establece que para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Asimismo, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para acreditarlos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Conviene igualmente recordar que la finalidad de insertar en el procedimiento de adjudicación la verificación de la solvencia es asegurar que los licitadores poseen requisitos personales de capacidad técnica y económica que les hacen merecedores de la presunción de que pueden ejecutar correctamente la prestación contractual en el caso de resultar adjudicatarios.

La cláusula 8 de la carátula del PCAP exige al licitador, como requisito de solvencia, estar calificado con la etiqueta A. Esta cláusula debe ponerse en conexión con la cláusula 11 del PCAP, que bajo el epígrafe «Solvencia técnica o profesional», además de reiterar que los licitadores deben poseer la citada etiqueta, especifica que deberá aportarse una «certificación expedida por la CNMC de que la energía comercializada es 100% de origen renovable». En el mismo sentido, el apartado 2 del PPT afirma que solo pueden licitar las «comercializadoras de energía eléctrica 100% renovable». En conclusión, las tres estipulaciones, aunque de modo reiterativo y con sistemática y ubicación no muy precisas, se refieren, en sustancia, al mismo requisito de admisión de los licitadores (comercializar exclusivamente energía eléctrica procedente de fuentes renovables) y al mismo medio para acreditarlo (la etiqueta A).

A la vista de todo ello, se formulan las siguientes apreciaciones:

1. Deben señalarse varias cuestiones sobre la etiqueta A como medio de prueba de la solvencia. En primer lugar, y como ya se ha indicado, ostentar la citada etiqueta no implica necesariamente haber vendido exclusivamente energía de origen renovable, por lo que no hay concordancia entre el requisito solicitado y el alcance del documento que se pide para acreditarlo. En segundo lugar, en contra de lo que afirma el poder adjudicador, la etiqueta A no es un certificado emitido por la CNMC que pueda considerarse comprendido en el artículo 94 de la LCSP, pues no pretende acreditar el cumplimiento de una «norma» (en el sentido que a este término le da el artículo 125.2 de la LCSP) de gestión medioambiental relacionada con herramientas de la organización a la que se refiere el certificado y dirigidas a mejorar, en general, el medio ambiente; por el contrario, los resultados del sistema de garantía de origen de la electricidad se publican por la CNMC y a partir de ellos las comercializadoras facilitan a sus clientes la información en la facturación que prevé la Circular 1/2008, que incluye la etiqueta obtenida. En tercer lugar, la etiqueta A no acredita la capacidad técnica para la ejecución de un contrato de suministro eléctrico de energía 100% renovable; dicha etiqueta se obtiene exclusivamente en razón del impacto medioambiental

necesario para producir cada kWh de energía eléctrica vendido, que a su vez depende del porcentaje de energía renovable adquirido por la empresa, en referencia a un periodo concreto y con independencia de la importancia que, en términos absolutos, tengan estas magnitudes. De este modo, es posible que una empresa que tenga la etiqueta A haya vendido en el año anterior una cantidad de energía muy inferior a la que se desea adquirir por el poder adjudicador en el contrato debatido la cual, por lo tanto, podría llegar a superar su capacidad de suministro. Quizás consciente de esta limitación, el órgano de contratación establece en la cláusula 11 del PCAP el requerimiento, como criterio de solvencia y de acuerdo con el artículo 89.1 a) de la LCSP, de haber realizado suministros «del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato» (es decir, energía eléctrica de origen 100% renovable) por un importe proporcionado al valor estimado del contrato.

2. Por lo que se refiere al requisito de solvencia impugnado, es inadecuado para medir la capacidad técnica de los licitadores para ejecutar la prestación contractual. En particular, supone que las empresas que han vendido un gran volumen de energía procedente de fuentes renovables, incluso aunque sea muy superior al que representa el valor estimado del contrato, no pueden acceder a la licitación si, además, han vendido un porcentaje de energía procedente de fuentes no renovables, sea cual sea este porcentaje y con independencia de la cantidad de energía de origen renovable que, en términos absolutos, hayan suministrado (el apartado 2 del PPT es especialmente claro al respecto). Este requerimiento no es aceptable por ser contrario a los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia. No se alcanza a entender por qué es solvente técnicamente la empresa que ha vendido un volumen muy pequeño de energía renovable que, sin embargo representa la totalidad de sus ventas, y no lo es otra que ha vendido un volumen muy grande de dicha energía, aunque además haya vendido energía procedente de otras fuentes; dicho de otra forma, no hay razón para pensar que el hecho de vender energía de varios orígenes anule o disminuya la capacidad para suministrar energía renovable. A falta de la justificación adecuada de los criterios de solvencia que el artículo 116 c) de la LCSP pide que conste en el expediente, las explicaciones del informe del poder adjudicador no son convincentes. El argumento de que se favorece a las PYMES es contradictorio, pues los pliegos no exigen que los licitadores tengan esta condición y el propio informe reconoce que entre las empresas que cumplen el requisito impugnado las hay también grandes; en cualquier caso, tal exigencia sería claramente discriminatoria, pues no hay nada en la legislación contractual que permita una excepción tan drástica a sus principios generales como un procedimiento de adjudicación «reservado a las PYMES» con prohibición de participación de los operadores económicos que no lo sean. El hecho de que de un informe de la CNMC se deduzca que hay 76 empresas comercializadoras (el 64% de todas ellas) que satisfacen la condición recurrida es indiferente, pues el principio de igualdad implica que cualquier trato desigual a las

empresas potencialmente interesadas en el contrato se fundamente en hechos o situaciones jurídicamente relevantes y en razones proporcionadas no arbitrarias ni discriminatorias, lo que, como ya se ha expresado, no sucede en este caso, sin que importe que el número o porcentaje de las empresas discriminadas sea grande o pequeño. Análoga observación se puede hacer de las restricciones ilegítimas de la libre competencia, que no dejan de serlo aunque, a pesar de ellas, pueda optar al contrato una cantidad significativa de operadores.

Resolución 179/2018

El recurrente considera que la exigencia del conocimiento de euskera es un requisito de solvencia técnica ilegal porque es contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre competencia. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta es, en principio, no discriminatoria, ya que se exige para todos los licitadores y todos ellos pueden satisfacerla, incluso mediante la integración de su solvencia con medios externos (artículo 75 LCSP). También se observa que su justificación responde a un interés general, que es conseguir la promoción y normalización del euskera como idioma de trabajo y de servicio, con base en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera, la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi y la Ordenanza sobre el uso del euskera del Ayuntamiento de Villabona. Asimismo, parece adecuado acreditar una mínima solvencia lingüística, cuando dicha capacitación es necesaria para la correcta prestación objeto de contrato (asistencia a reuniones con personal técnico y político del ayuntamiento que muy mayoritariamente se celebran en euskera, la emisión periódica de informes también en lengua vasca, e incluso relación directa con los ciudadanos en un municipio en el que el 68% de la población es euskaldun, según el informe para el periodo 2016 del Instituto Vasco de Estadística). De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito de solvencia se requiera únicamente a una persona de todo el equipo que deba ejecutar la prestación, y que dicha persona sea precisamente la que se tiene que relacionar con la administración contratante, que tiene como objetivo en materia de normalización lingüística que el euskera sea el idioma de servicio en todos los departamentos del Ayuntamiento. Igualmente, el nivel lingüístico requerido es el C1, que no es el máximo grado de competencia lingüístico contemplado en el «Marco común europeo de referencia» pero que, sin embargo, es suficiente para satisfacer los objetivos de normalización lingüístico perseguidos por el Ayuntamiento. Finalmente, que el requisito se configure como parte de la solvencia técnica y no en otra fase del procedimiento de adjudicación o de la vida del contrato es también adecuado y proporcionado; por una parte, su inserción como criterio de adjudicación no garantiza plenamente el objetivo buscado (puede resultar seleccionada

una oferta que no lo satisface), y por otro lado, no parece que su inclusión como requisito de admisión exigible a los licitadores y no como condición de ejecución para el contratista sea una dificultad desmedida para presentar una proposición, habida cuenta, por ejemplo, de que para la integración de la solvencia con medios externos basta con acreditar que se dispondrá de ellos para la ejecución del contrato (artículo 75.1 de la LCSP).

3.4.2 Titulaciones académicas

Resolución 170/2018

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

1. De acuerdo con el apartado 1 del PPT, el objeto del contrato impugnado es la prestación del servicio de acompañamiento socioeducativo a inquilinos / as del parque de viviendas gestionado por Alokabide, en los territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, servicio que se enmarca dentro de la intervención socioeducativa y psicosocial recogida en el artículo 15.2 h) de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales.
2. El artículo 36 de la Constitución Española establece que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1998 establece, sobre la reserva legal para el ejercicio de profesiones tituladas, que se debe (...) determinar si una norma con rango de ley contempla una profesión titulada, es decir una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos. Los recurrentes no alegan ninguna norma con rango de ley que reserve a las personas tituladas como TSIS el desempeño de las actividades objeto del contrato; de hecho, las normas citadas se circunscriben a regular los requisitos académicos y contenidos curriculares y no se refieren a estas materias. Por su parte, la Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco, tampoco establece dicha reserva, y su artículo 78.3 se limita a señalar que el Gobierno Vasco determinará las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las actividades profesionales necesarias para la aplicación del Catálogo de Prestaciones y Servicios.
3. Consecuentemente, debe concluirse que no existe la reserva legal en favor de la titulación de Técnico Superior en Integración Social y sus equivalentes académicas que los recurrentes reivindican, por lo que no cabe acceder a la pretensión del recurso.

3.4.3 Trabajos similares

Resolución 181/2018

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

3.4.4 Documento europeo único de contratación

Resolución 133/2018

Este Órgano ya se ha pronunciado respecto al valor y alcance del DEUC (ver, en este sentido, la Resolución 54/2018) y, conforme a esta doctrina, se debe señalar que este documento está previsto en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública,⁷ y es, en síntesis, una forma de cumplimiento provisional de los requisitos de aptitud para contratar fijados en las bases de la licitación. Consiste en una declaración actualizada del interesado que sustituye a los certificados expedidos por autoridades públicas o por terceros y que confirma que el licitador cumple con los requisitos de admisión al procedimiento, entre otros, los referidos a las condiciones de solvenia económica y financiera. El DEUC se redacta sobre la base de un formulario uniforme, aprobado por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 (en adelante, Reglamento 2016/7). Por lo que toca al objeto de la impugnación, son aspectos relevantes de esta normativa los siguientes:

⁷ Aplicable al procedimiento de adjudicación debatido en virtud del efecto directo de esta norma; ver, por ejemplo, la Resolución 40/2018 de este OARC / KEAO.

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

- el poder adjudicador puede solicitar a los licitadores que presenten la totalidad o una parte de los certificados o documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento, si resulta necesario para el buen desarrollo del mismo (artículo 59.4 de la Directiva 2014/24 y Anexo I del Reglamento 2016/7).
- un operador económico que participe por su cuenta en el procedimiento de adjudicación y que no recurra a la capacidad de otras entidades para integrar su solvencia debe cumplimentar un único DEUC; por el contrario, el que participe por su cuenta y sí recurra a la capacidad de una o varias entidades distintas de ella misma (como permite el artículo 75 de la LCSP) deberá garantizar que el poder adjudicador recibe su propio DEUC junto con otro DEUC separado en el que conste la información pertinente, por cada una de las entidades de que se trate.

(...)

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

Finalmente, señalar que el art. 69.4 Ley de Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en la LCSP

(ver su Disposición Final cuarta), dispone que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato que se incorpore a una declaración responsable determinará, entre otras consecuencias, la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho. En este sentido, la sustitución de la declaración inicial del DEUC de no integración de la solvencia económica y financiera por una posterior en sentido contrario, ha de entenderse como de carácter esencial, ya que afecta a una de las condiciones personales del licitador imprescindibles para acceder al contrato (art. 39.2 a) LCSP). Así, sería nulo de pleno derecho el contrato celebrado con quien no dispone de la solvencia económica exigida.

3.4.5 Visita previa a las instalaciones

Resolución 179/2018

Sin embargo, aun cuando facilitar la visita a las instalaciones antes de la presentación de la oferta parece una opción razonable porque propicia su mejor elaboración y elimina o disminuye las ventajas de anteriores adjudicatarios de la misma prestación (ver la Resolución 6/2016 del OARC / KEAO), la obligatoriedad de la misma y la previsible exclusión de la proposición consecuencia de su incumplimiento (por definición, insubsanable) hacen de ella una medida desproporcionada, cuando existen medidas menos gravosas (mayor calidad y exactitud en la elaboración de las prescripciones técnicas, mayor y mejor determinación de los criterios de adjudicación, etc.) que permitirían preparar las proposiciones sin tener que realizar visita obligatoria alguna. Consecuentemente, debe concluirse que el requisito de incluir en el sobre A el Certificado acreditativo de que el oferente ha visitado las instalaciones es desproporcionado y va más allá de lo necesario para satisfacer el interés general alegado, por lo que se trata de un obstáculo injustificado a la libre competencia y debe anularse.

3.4.6 Exigencia de presentación de una maqueta a todos los licitadores

Resolución 181/2018

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

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

4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

4.1 PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

4.1.1 Concurso de proyectos

Resolución 122/2018

El análisis de esta cuestión debe partir necesariamente del contenido del artículo 183.3 de la LCSP, norma aplicable al contrato impugnado y cuya literalidad es la siguiente:

Quando el objeto del contrato de servicios que se vaya a adjudicar se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad y, cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores, a los trabajos complementarios y a la dirección de las obras, los órganos de contratación deberán aplicar las normas de esta sección.

Este precepto, a diferencia del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), sí establece claramente que las normas del concurso de proyectos deben necesariamente aplicarse para la adjudicación de contratos cuyo objeto sea uno de los descritos en él. En concreto, exige la aplicación de dichas normas cuando el objeto sea alguno de los dos siguientes:

1. la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad.
2. la contratación conjunta de la redacción de los proyectos citados en el número 1) anterior (es decir, con todas las características citadas en él, incluyendo la “especial complejidad”) y de trabajos complementarios y de dirección de las obras.

En este caso, no hay duda de que el objeto del contrato incluye la redacción conjunta de un proyecto arquitectónico y de trabajos complementarios y de dirección de la obra, como pide el supuesto expresado en el número 2 anterior. Consecuentemente, para que sea aplicable el concurso de proyectos solo restaría que el proyecto sea especialmente complejo. El recurrente no ha aportado argumentación alguna para acreditar este requisito, a pesar de que se le debe suponer una indudable pericia en la materia y que a él le corresponde la carga de la demostración de su existencia (ver, por todas, la Resolución 101/2018 del OARC / KEAO). Por su parte, de los documentos contractuales y del resto del expediente no deduce este OARC / KEAO ninguna peculiaridad de la prestación que la cualifique con una complejidad especial respecto a otras de su mismo tipo, complejidad que, además, el

poder adjudicador niega razonadamente en su informe de respuesta al recurso. Así, no hay dificultades específicas en las características de funcionalidad, seguridad o habitabilidad del edificio objeto del proyecto (ver, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Tampoco consta una problemática adicional a la inherente a cualquier proyecto y derivada de otros factores, como la especial dificultad de la normativa sectorial o urbanística aplicable, la innovación u originalidad exigida, u otras consideraciones técnicas (medioambientales, culturales...). Por todo ello, el motivo de impugnación debe desestimarse.

Resolución 181/2018

Este Órgano no puede compartir la interpretación que realiza el poder adjudicador del artículo 185.3 de la LCSP consistente en que la posibilidad de limitar el número de participantes mediante fases permite que la presentación de las propuestas se pueda hacer de forma no anónima. Y ello, por dos razones fundamentalmente, a saber: (i) porque como se ha expresado con anterioridad, una de las características fundamentales de este régimen de contratación especial radica en el anonimato de las proposiciones hasta la emisión del Dictamen, que en la sub-fase de presentación de los proyectos establecido en los pliegos de la licitación no se ha emitido aún y (ii) no son aplicables al presente caso, ni la Resolución 23/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ni las licitaciones propuestas por el poder adjudicador como similares, ya que se refieren a casos muy concretos de igualdad de los tres últimos licitadores y a la posibilidad de que el jurado solicite aclaraciones a los participantes sobre alguno de los aspectos del proyecto, circunstancia que también es permitida por la LCSP en su artículo 187.7, y que nada tiene que ver con la obligatoria ponencia presencial planteada por los pliegos del Ayuntamiento de Laudio/Llodio en la que no se plantea aclarar ningún aspecto de los proyectos sino valorarlos (hasta un máximo de 20 puntos) en función de su fundamentación, coherencia e idoneidad. Es decir, esta segunda fase puede ser absolutamente decisoria en la resolución del concurso -de hecho lo será, salvo que alguno de los tres proyectos obtenga en la primera fase una ventaja de más de 20 puntos- y la decisión del Jurado que, conoce de antemano a los autores de los proyectos, puede verse comprometida en su imparcialidad contraviniendo, de esta forma, la norma reguladora en la materia que exige su presentación de forma anónima; anonimato que habrá de mantenerse hasta que el Jurado emita su dictamen o decisión (artículo 187.6 LCSP).

4.1.2 Acuerdo Marco

Resolución 106/2018

El acuerdo marco es el suscrito entre uno o varios órganos de contratación del sector público con una o varias empresas en el que se definen los términos y las condiciones conforme a los cuales pueden realizarse adquisiciones específicas durante su vigencia (art. 219 LCSP). Se caracteriza porque mientras está vigente una relación contractual de tracto sucesivo, se suceden múltiples relaciones contractuales secundarias derivadas de la primera.

En lo que a la cuestión planteada en el recurso interesa, resulta relevante señalar que bajo el término de «acuerdo marco» la LCSP contempla dos situaciones diferentes: acuerdos en los que se fijan todos los términos (art. 221.4.a) LCSP) y aquellos en los que no se fijan todos los términos (art. 221.4.b) LCSP), lo que significa que algunas de las estipulaciones contractuales deben ser concretadas más adelante, en el contrato basado en el acuerdo marco⁸.

El órgano de contratación goza de amplia libertad para definir la estructura y contenido de los acuerdos marco y la LCSP no precisa qué se debe entender por «términos del acuerdo marco» ni qué contenido mínimo han de tener éstos, no obstante, el artículo 220.1 de la LCSP, dispone que su celebración se efectúe conforme a las normas de procedimiento establecidas en las secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro segundo (artículos 115 a 187), lo cual exige que, además de que se respeten las reglas habituales aplicables al procedimiento de adjudicación elegido, sobre todo, en materia de publicidad, plazos, criterios de exclusión, de selección y de adjudicación⁹, en lo que a la cuestión planteada en el recurso importa, se establezca el marco de las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación.

El artículo 221 de la LCSP posibilita que no todos los términos de los contratos basados se fijen en el acuerdo marco, si bien según su apartado 5 la selección del contratista a efectuar en el contrato basado debe efectuarse en los mismos términos especificados en el acuerdo marco, si es necesario precisándolos, y, si llega el caso, en otros términos previstos en el pliego de contratación del acuerdo marco los cuales se han de concretar con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado. No obstante, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco (art. 222.1 LCSP). Consecuentemente, el artículo 221 de la LCSP no habilita a que se realice una definición genérica de lo requerido en el acuerdo marco y a que la práctica totalidad de las condiciones del contrato, y en particular de su objeto, se definan en la fase posterior, esto es, en el contrato basado.

Esto último es la circunstancia que a juicio de este OARC/KEAO concurre en el acuerdo marco que nos ocupa, en el que se define el objeto de su lote 6 en referencia a una relación de distintos tipos de gases (balas de nitrógeno, aire sintético, helio, hidrógeno, argón y nitrógeno líquido), sin ninguna especificación ni prescripción técnica adicional, en particular, ninguna referencia a las características generales de los bienes requeridos, como la calidad mínima de los productos, una estimación sobre consumos o una mínima referencia a la forma de entrega de los bienes. Esta conclusión se ve reforzada por el dato de que la selección de los licitadores se efectúa únicamente sobre la base de la acreditación de la solvencia económica y financiera (cláusula 10 del PCAP) y no sobre la base de criterios de adjudicación del acuerdo marco, lo cual es consecuente con el contenido de los pliegos, ya que, si no se ha establecido término o condición alguna no es posible basar en ellos la celebración del

⁸Apartado 1.1 del Documento CC/2005/03_rev «Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica», de 14 de julio de 2005

⁹Apartado 2.1 del Documento CC/2005/03_rev «Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica», de 14 de julio de 2005

acuerdo marco; es decir, no hay un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, lo que contradice la misma naturaleza del acuerdo marco.

El poder adjudicador alega la cláusula 18 del PCAP, relativa a la adjudicación y formalización de los contratos específicos, como aquella en la que se fijan de forma definitiva las determinaciones y concreciones de lo que realmente se contratará. Conforme a esta cláusula, la concreción del precio, plazo, precios unitarios de los fungibles a suministrar y sus unidades se efectuará en el contrato basado en el acuerdo marco. Siendo ello correcto, lo cierto es que en el caso que nos ocupa previamente no se ha fijado el marco en el que las empresas seleccionadas competirán entre ellas. En concreto, no hay precios unitarios ni plazos ni condiciones de ejecución o de calidad que mejorar y no hay certeza de que todas las empresas seleccionadas puedan suministrar los bienes solicitados.

En relación a esta cuestión este OARC/KEAO no puede por menos que hacer referencia a los riesgos que para la salvaguarda de la libre competencia suponen unos pliegos que, además de no realizar una estimación de consumos, no exigen que se presenten unos precios iniciales que, a modo de precios máximos, puedan ser objeto de mejora en los contratos basados en los términos del contrato marco que se liciten en el futuro o sobre los que proponer sustituciones en el marco del artículo 222.2 de la LCSP. Téngase en cuenta que, mediante el acuerdo marco se cierra el mercado de la compra de dichos productos durante un periodo de tiempo (en este caso la cláusula 5 del PCAP es contradictoria pues de un lado señala que el plazo será desde el 1 de julio de 2018 hasta el 30 de junio de 2022, con posibilidad de prórroga, y por otra que el período inicial y las posibles prórrogas serán de cuatro años), lo cual aumenta el riesgo de colusión entre los participantes al crear un circuito cerrado de licitaciones durante un tiempo determinado sin sujeción previa a ningún término o condición contractual.

A juicio de este OARC/KEAO la cláusula denunciada incumple las disposiciones del art. 204.1 de la LCSP en varios aspectos: (i) se refiere a la modificación de unos términos del acuerdo marco que no se han precisado (p. ej. no figura condición alguna sobre el tamaño), (ii) no aporta precisión alguna, por ser extremadamente escueta (modificarse las características en aspectos no esenciales) e implica que el poder adjudicador puede suprimir o sustituir los bienes objeto del acuerdo marco unilateralmente y sin justificación alguna. Todo ello supone que, de hecho, la ejecución de los contratos basados quede al albur de una decisión que el poder adjudicador puede tomar arbitrariamente, es decir, sin sujetarse a regla o límite alguno más allá de una genérica mención a «si las circunstancias a juicio de POLYMAT, así lo requieren», en flagrante contradicción con el artículo 204.1.b) que exige que los candidatos y licitadores puedan prever el alcance exacto de la modificación prevista (ver, en este sentido, la Resolución del OARC/KEAO 52/2017), (iii) habilita al poder adjudicador a realizar cualquier clase de modificación, sustancial o no, ya que unilateralmente puede suprimir fungibles o sustituir unas clases por otras sin límite alguno, lo cual resulta contrario al artículo 222 de la LCSP y a los principios generales que rigen la contratación pública, en especial los de igualdad de trato y transparencia, que deben respetarse no sólo en el procedimiento de adjudicación sino también durante la ejecución del contrato y hasta que ésta finalice (ver en este sentido, Resolución 101/2016 de OARC / KEAO), y, finalmente, (iv) no especifica las circunstancias objetivas que habilitan la modificación del acuerdo marco.

El procedimiento para la licitación de los contratos basados en el acuerdo marco se regula en el artículo 221.6) de la LCSP, cuya letra e) dispone que dichos contratos se adjudicarán al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, valorada según los criterios fijados en el acuerdo marco. Consecuentemente, lleva razón el recurrente al considerar que no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado sino que todos los criterios deben estar predeterminados en el acuerdo marco, sin perjuicio de que el criterio «plazo de ejecución» pueda ser precisado en el contrato basado, como por ejemplo que se solicite su oferta en horas, días o meses.

4.3 COMITÉ DE EXPERTOS

4.3.1 Composición del Comité de expertos

Resolución 162/2018

El artículo 146 a) de la LCSP anteriormente transcrito establece que los expertos podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato. Pues bien, del expediente remitido por Osakidetza se desprende que los miembros del comité pertenecen a los servicios dependientes del órgano de contratación (Director-Gerente de la OSI Barakaldo-Sestao) pero no están adscritos al órgano proponente (Suministros y Almacenes), entendido como aquel que promueve la contratación y que interviene en el procedimiento emitiendo el informe al que se refiere el artículo 73 del Reglamento Ley Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

5. PLIEGOS DEL CONTRATO

5.1 CUESTIONES GENERALES

5.1.1 Correcta definición del objeto

Resolución 138/2018

El poder adjudicador goza de discrecionalidad para configurar el contrato de la forma que le sea más favorable y goza de la libertad para incluir los pactos, cláusulas y condiciones que estime oportunas, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (artículo 34 LCSP). En este sentido, el recurrente no alega norma jurídica alguna que se vea contravenida por el establecimiento de la estipulación impugnada y sus argumentos se centran en querer eliminar el riesgo y ventura de la ejecución del contrato, que debe ser asumida por el contratista (artículo 197 LCSP) y en la invocación de una práctica del sector respecto de la facturación de sus servicios que no descarta otras formas de ejecutar la prestación y de facturarla. En suma, el recurrente pretende reducir o eliminar el riesgo y ventura propia de toda actividad empresarial y realizar una configuración de la obligación que le sea favorable pretendiendo imponérsela al órgano de contratación.

Especialmente, este OARC/KEAO considera que no se ha acreditado que el poder adjudicador haya diseñado el contrato de modo contrario a los principios generales de la contratación pública o de forma arbitraria o caprichosa, por el contrario, el poder adjudicador justifica la oportunidad de que los licitadores oferten precios unitarios máximos en la necesidad de controlar el coste de los servicios demandados.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que esta configuración del contrato no ha impedido al recurrente ni al tercero interesado presentar oferta en el procedimiento de adjudicación.

Resolución 162/2018

El recurrente alega que el lote 1 del presente expediente de contratación está licitado y adjudicado a la propia recurrente mediante el Acuerdo Marco para el suministro de equipos de infusión para las OSIs de Osakidetza. El propio poder adjudicador confirma dicha circunstancia, por lo que existe una infracción de la LCSP, que sostiene el principio de que los contratos a él sujetos deben tener como finalidad el interés general, que debe acreditarse concretamente para cada uno de ellos (artículo 28.1 LCSP). En este sentido, es claro que, por amplia que sea la discrecionalidad que asiste al poder adjudicador para determinar el modo más idóneo de satisfacer dicho interés, nunca ampararía la duplicidad de objeto, porque ello significaría una doble asignación de recursos públicos para atender la misma necesidad

(ver, por ejemplo, las Resoluciones 18 y 52/2015 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse.

Resolución 186/2018

Como repetidamente ha manifestado este Órgano resolutorio, el Órgano de contratación goza de discrecionalidad en el momento de configurar el objeto del contrato (ver, entre otras, la Resolución 84/2017 de este OARC/KEAO), lo cual implica que puede definirlo en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que pretende satisfacer (artículo 99 de la LCSP) sin tener que ajustarse a un esquema determinado, tal y como pretende el recurrente. En el supuesto que nos ocupa, la obligación de mantener actualizado el inventario no es una estipulación ajena a la prestación principal; en este sentido, el artículo 126 de la LCSP, permite que las prescripciones técnicas se refieran al proceso o método específico de prestación de los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material del servicios siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Por otro lado, el recurrente no ha acreditado que la inclusión de esta prestación en el contrato limite indebidamente el acceso al procedimiento de adjudicación ni que sea una fusión arbitraria de servicios heterogéneos con la intención fraudulenta de perjudicar o favorecer a un cierto operador económico o grupo de operadores (ver, por analogía, el artículo 34.2 de la LCSP y la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).

5.1.2 División en lotes

Resolución 98/2018

Por ello, este Órgano aprecia que el poder adjudicador ha infringido los límites de la discrecionalidad al justificar la no división en lotes por ser la motivación incoherente con lo exigido por los documentos contractuales, por lo que debe estimarse este motivo impugnatorio con el alcance que se especifica en el fundamento jurídico décimo de esta resolución.

Resolución 175/2018

En anteriores ocasiones (ver, por todas, la Resolución 40/2018), este OARC / KEAO ha señalado que la discrecionalidad asiste a los poderes adjudicadores para adoptar la decisión de dividir o no el contrato en lotes y, en su caso, para configurar dichos lotes con uno u otro criterio (ver, por ejemplo, la Resolución 17/2018), si bien el artículo 99.3 de la LCSP establece la preferencia de la división por lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, debiéndose justificar debidamente en el expediente la opción de no dividir. A partir

de esta consideración, este Órgano únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad, (ii) si comprobara que la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o (iii) si constara la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

5.1.3 Requisitos de las modificaciones previstas

Resolución 152/2018

Este OARC/KEAO considera que, en términos generales, la información contenida en el anuncio del DOUE satisface los requerimientos del artículo 204 de la LCSP. En concreto, se observa que está formulada de forma clara, precisa e inequívoca, en cuanto a su contenido, se prevé la modificación respecto a los nuevos equipos adquiridos durante la ejecución del contrato y que el coste derivado de los mismos se realizará de forma contradictoria, tomando como base el coste derivado de equipos iguales o semejantes.

Ahora bien, el citado anuncio del DOUE conculca el contenido del artículo 204 de la LCSP en dos aspectos; el primero, en lo referente al porcentaje máximo de la modificación prevista, ya que el límite marcado por el precepto legal es del 20 por ciento, no del 25 por ciento, y el segundo, en lo referido a la base respecto de la que se calcula dicho porcentaje, que debe ser el precio inicial y no el presupuesto de contrato, que es una expresión que conecta con la de presupuesto base de licitación, definido en el artículo 100 de la LCSP como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario y que, según expresamente se manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP, se trata de un concepto diferente al del precio del contrato, definido en el artículo 102 de la LCSP como el precio que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado, entendiéndose incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente. No puede aceptarse la alegación del poder adjudicador de que se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 203 de la LCSP, respetándose así el porcentaje del 20 por ciento sobre el precio inicial del contrato, por dos razones; la primera, que la ilegalidad es clara y el eventual cumplimiento de los límites impuestos por el citado precepto no puede quedar a expensas de una hipotética actuación futura del órgano de contratación durante la ejecución del contrato y, la segunda, porque se infringe el principio de transparencia, que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que no se modifiquen durante todo el procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016, de este OARC/KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita) si la información facilitada a los eventuales licitadores y contenida en el valor estimado del contrato, además de no ajustarse a los requerimientos del artículo 204 de la LCSP, no concordara con los límites que el poder adjudicador dice que efectivamente va a respetar durante la ejecución del contrato.

Además del incumplimiento en cuanto a los límites permitidos de la modificación prevista, se incumple el mandato de que la previsión de la modificación se incluya en el PCAP, tal y como ordena el artículo 204 de la LCSP, a diferencia de la regulación que obraba en el derogado TRLCSP, cuyo artículo 106 permitía que la regulación de una eventual modificación del contrato constara indistintamente tanto en los pliegos como en el anuncio de licitación.

5.1.4 Documentos incluidos en el concepto de «pliegos»

Resolución 112/2018

En primer lugar, procede determinar la naturaleza de las aclaraciones de los pliegos. Debe señalarse que, en el presente caso, el objeto de la impugnación no es solo un apartado de la carátula del PCAP, sino también, y muy especialmente, la respuesta que el poder adjudicador ha dado a una consulta formulada por una empresa interesada sobre el alcance de dicho apartado y que se ha publicado en el perfil del contratante. Tales respuestas pueden ser objeto de recurso porque se incluyen en la amplia definición de «pliego de contratación» recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC / KEAO, las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajusta a ellas, son «documentos adicionales» que fijan los términos de dicho procedimiento. Consecuentemente, su adecuación a la legalidad debe poder ser revisada por los órganos encargados de resolver el recurso especial para que éste cumpla con el efecto útil querido por la legislación europea en materia de recursos, que es, entre otros, conceder a los interesados la posibilidad de depurar las bases de la licitación contrarias a Derecho (artículo 2.1 b) de la Directiva 1989/665/CEE, que es la norma que se transpone en los artículos 44 y siguientes de la LCSP). En particular, si la respuesta a una consulta supone, de hecho, una modificación significativa de los pliegos sin que ello conlleve la ampliación del plazo inicial para la presentación de ofertas (artículo 136.2 de la LCSP), existe una infracción de la legislación contractual susceptible de impugnarse mediante el recurso especial. Esta actuación infringiría los principios de transparencia e igualdad, que requieren que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2015 del OARC / KEAO), lo que afecta a sus modificaciones, que deben tener la misma publicidad, en medios y forma, que el anuncio inicial.

Resolución 157/2018

Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes y consentidos una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, vinculando tanto a la Administración como a los licitadores. Además, las respuestas (aclaraciones) dadas por el poder adjudicador a las dudas de los potenciales licitadores se incluyen en la amplia definición de pliego de contratación recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC / KEAO (ver, en este sentido la Resolución 112/2018), las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajustará a ellas, son documentos adicionales que fijan los términos de dicho procedimiento.

5.1.5 Vigencia y plazo de ejecución

Resolución 162/2018

Como puede observarse, el artículo 29 de la LCSP contiene un mandato a los órganos de contratación para que evalúen, antes de fijar la vigencia de un contrato (y debe entenderse que también antes de proceder a su posible prórroga), si la duración es adecuada al principio de concurrencia, más exactamente, a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización del objeto contractual. Esta precaución tiene la finalidad de evitar que una vigencia excesivamente prolongada restrinja la competencia y perjudique a potenciales licitadores interesados en obtener la nueva adjudicación, así como al poder adjudicador, que podría beneficiarse de mejores ofertas en un nuevo procedimiento con promoción de concurrencia. Ahora bien, el legislador también ha establecido un plazo máximo que debe ser respetado, en todo caso.

A partir de aquí, el poder adjudicador goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en la LCSP. Así, establecida por esta un plazo máximo de cinco años para los contratos de suministros, la duración del presente contrato es conforme a la normativa contractual vigente. Por otro lado, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad del poder adjudicador en cuanto a la configuración discrecional del contrato. Por todo ello, debe desestimarse este motivo impugnatorio.

5.1.6 Rectificaciones de los pliegos

Resolución 112/2018

Esta rectificación de los pliegos tiene carácter significativo por afectar al objeto del contrato y al alcance de las obligaciones del adjudicatario, por lo que debió conllevar el establecimiento de nuevos plazos para la presentación de proposiciones (como solicitó el recurrente), en los términos previstos en el artículo 136.2 de la LCSP, lo que no se hizo. Por otro lado, del propio expediente administrativo remitido se desprende que no todos los potenciales licitadores tuvieron conocimiento de dicha modificación al mismo tiempo, es decir, con la publicación del día 20 de junio, sino que el licitador que planteó la cuestión tuvo conocimiento de aquella dos días antes, esto es, el 18 de junio (folio 854), por lo que no todos los operadores tuvieron el mismo plazo para preparar las ofertas, contraviniendo, como decimos, los principios de igualdad de trato y transparencia. Por todo ello, este motivo de recurso debe ser estimado

5.1.7 Motivación de distintos aspectos del expediente

Resolución 162/2018

Finalmente, en cuanto a los criterios de solvencia, el recurrente se limita a apuntar la falta de justificación, pero sin aportar ningún argumento que discuta el ajuste a la legalidad de los que figuran en los pliegos, ni mucho menos señalar en qué le perjudican, discriminan o impiden el acceso al procedimiento de adjudicación. Por ello, la impugnación no está soportada por un interés real y parece obedecer únicamente a la intención de incrementar el número de reproches legales a los pliegos con un criterio puramente formalista.

(...)

A diferencia de lo que sucede con los procedimientos extraordinarios, como el negociado sin publicidad, en el que la motivación de que concurre alguno de los requisitos excepcionales previstos en la LCSP que los justifican debe constar como requisito esencial para su utilización (ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2003, asunto C-20/01, **ECLI:EU:C:2003:220, en especial el apartado 58, así como la Resolución 106/2014 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita**), la elección del procedimiento abierto, que es ordinario por no estar reservado su uso a supuestos legalmente tasados, no requiere de la invocación de ningún precepto legal. Consecuentemente, la omisión de una justificación expresa difícilmente puede causar perjuicio al recurrente (de hecho, no hay alegación alguna tendente a acreditar dicho perjuicio), teniendo en cuenta además que el abierto es el procedimiento que facilita la mayor libertad de acceso a las licitaciones.

5.3 PRECIO Y PRESUPUESTO

5.3.1 Precio del contrato y adecuación al mercado

Resolución 128/2018

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que:

(...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información desglosada sobre costes que componen el presupuesto base de licitación tiene la finalidad de procurar el cumplimiento del mandato de que éste se adecúe al mercado (artículo 100.2 de la LCSP). El valor estimado, por su parte, es un concepto que sirve para medir la importancia económica de un contrato y determinar, de ese modo, el régimen jurídico que le es aplicable a efectos de, por ejemplo, clasificación y solvencia o de sujeción a la regulación armonizada o al recurso especial (ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, asunto «Auroux», ECLI:EU:C:2007:31, C-220/05, y la Resolución 61/2014 del OARC / KEAO). Ninguno de los dos conceptos contenidos en los pliegos regula o influye de ningún modo en los derechos salariales o de cualquier otro tipo de los trabajadores adscritos a la ejecución de la prestación contractual, los cuales se derivan de las normas, convenios colectivos o contratos de trabajo aplicables, cuyo contenido no es materia del recurso especial y no puede alterarse en virtud de las resoluciones de este Órgano. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse.

Resolución 152/2018

El análisis de la cuestión planteada debe partir del examen del contenido del art. 100.2 de la LCSP, que dispone:

Artículo 100. Presupuesto base de licitación.

(...)

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Este precepto contiene un mandato al órgano de contratación, que debe «cuidar», esto es, debe atender, poner la debida diligencia para que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado y, con el objeto de satisfacer este mandato, esto es, a tal efecto, se desglosará el presupuesto base de licitación en los conceptos especificados. En el mismo sentido, se deduce de los antecedentes de la tramitación parlamentaria de la LCSP (ver, por ejemplo, la enmienda número 88 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea) que la finalidad de la norma es asegurar que el cálculo del presupuesto base de licitación contenga una previsión sobre los costes de los componentes más importantes de la prestación, con especial atención a los costes salariales.

En el recurso que nos ocupa se solicita la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación sobre la base de que no se ha incorporado ni al PCAP ni al expediente de contratación el desglose de costes a los que hace referencia el artículo 100.2 de la LCSP. Esta petición se basa en la mera ausencia del citado desglose ya que el recurso no contiene alegación alguna de que el presupuesto formulado sea arbitrario, contenga error material, no se ajuste al mercado o sea insuficiente para cubrir los costes del servicio demandado; mucho menos consta reproche alguno sobre riesgos de incumplimiento de las obligaciones salariales con los trabajadores que vayan a ejecutar la prestación. Ello puede ser debido a que, como afirma el poder adjudicador, al ser el recurrente el actual adjudicatario del contrato y, por consiguiente, conocer con exactitud los costes de la prestación del servicio, nada tiene que objetar al presupuesto base formulado en el contrato. Consecuentemente, dado que no existe mención alguna a la insuficiencia o inadecuación al mercado del presupuesto base de licitación o al perjuicio que la falta del desglose al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP ocasiona al recurrente, la impugnación no parece obedecer a la defensa de un interés real sino a la denuncia interesada de una omisión que, en este caso, no se ha acreditado que tenga una consecuencia distinta de las puramente formalistas. Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

Dado que son aplicables razonamientos análogos, esta conclusión ha de extenderse también a la alegación de que no figura en el PCAP, en contra de lo dispuesto en el artículo 101.5 de la LCSP, el método de cálculo del valor estimado aplicado por el órgano de contratación. Nos hallamos, al igual que en lo referente a la falta de desglose del presupuesto base de licitación, ante una denuncia genérica de que formalmente no se da cumplimiento al citado precepto, pero sin determinar consecuencia procedimental o sustancial alguna de ello, sin alegar el perjuicio concreto que a los intereses del recurrente le comporta esta omisión y sin que se reproche incorrección alguna al valor fijado en los pliegos. Debe tenerse en cuenta que el valor estimado se calcula a partir del presupuesto base de licitación (cuyo importe no se discute, como ya se ha señalado en el párrafo anterior) y añadiendo a éste otras cantidades pagaderas (prórrogas, modificaciones previstas...), según un sistema de cómputo fuertemente reglado que figura en el artículo 101 de la LCSP y cuya infracción por el poder adjudicador ni consta ni se acredita por el recurrente.

5.4 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

5.4.1 Vinculación al objeto

Resolución 186/2018

Además, este OARC/KEAO, considera que la presentación de tres estudios de las características exigidas, (i) de medición de superficies, (ii) del arbolado existente y (iii) de jardineras y arbustos, resulta desproporcionada respecto al objetivo de seleccionar la oferta más ventajosa y, por consiguiente, contraria al artículo 145.6 de la LCSP, ya que no se trata de estudios relacionados con la forma de prestar el servicio, sino que se obliga a todos los licitadores (y no solo al contratista) a efectuar una labor de verificación física de los espacios verdes previa a la ejecución del objeto del contrato.

(...)

Lo valorable en este criterio secundario de adjudicación es la mera tenencia en vigor de un plan de igualdad con el contenido previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

El artículo 145.2.1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser las características sociales referidas entre otras a los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato.

Es claro que el criterio denunciado incumple el artículo mencionado en cuanto que el plan de igualdad que se va a valorar no está ligado a la

ejecución del contrato, sino que se refiere a la organización en general; por otro lado, esta vinculación al objeto contractual tampoco está explicitada en el expediente (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 c) de la LCSP). En este sentido, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos (ver, igualmente, la Resolución 660/2018 del TACRC)

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

Resolución 186/2018

Denuncia el recurrente que los criterios secundarios de adjudicación Presentación de planos y estudios y Programa de actualización e inventario de la documentación compatible con los sistemas informáticos del Ayuntamiento y los métodos de actualización del inventario de áreas, estructuras lineales y elementos puntuales (árboles y jardineras) son indefinidos y benefician a la actual adjudicataria del contrato, por ser la que dispone de una información cierta y actualizada de todos los espacios.

Según la jurisprudencia europea (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos en su descripción que no vinculen en absoluto al poder adjudicador

A juicio de este OARC / KEAO, el primero de los subcriterios denunciados Presentación de planos y estudios no cumple con el requisito de no permitir al órgano de contratación el ejercicio de una facultad arbitraria para adjudicar el contrato, ya que de su redacción se desprenden dos posibilidades, bien que únicamente se valore la mera presentación de planos y estudios, con independencia de su contenido, lo cual es absurdo a todas luces, bien que el órgano de contratación valore el contenido de los planos y estudios aportados sin sujeción a ningún criterio previamente fijado. La definición del criterio omite el contenido que han de tener para merecer una consideración positiva como criterio de valoración de una oferta. Debe matizarse que es perfectamente posible valorar Presentación de planos y estudios pero siempre que se establezcan, aunque sea brevemente, qué aspectos de los mismos se va a valorar (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

5.4.3 Criterios sujetos a fórmulas

Resolución 145/2018

Sobre esta cuestión, este Órgano ha señalado (ver, por todas, la Resolución 34/2018) que, a diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que precisan que su motivación sirva para controlar la discrecionalidad en ellos inherente para evitar la arbitrariedad (artículos 35.1.i) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y 151 de la LCSP), los criterios aplicados mediante fórmulas se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. A este respecto, para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de uno de estos criterios es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente.

5.4.4 El precio como criterio de adjudicación

Resolución 152/2018

Las características esenciales de la fórmula son las siguientes:

- la oferta con el mayor porcentaje de baja obtiene la máxima de las puntuaciones
- la oferta con el menor porcentaje de baja obtiene la puntuación menor.
- las ofertas con los porcentajes de baja intermedios obtienen una puntuación dispar, pues las diferencias de puntuación obtenidas por las ofertas que presentan los mayores porcentajes de baja son significativamente menores que las que consiguen las ofertas que efectúan los porcentajes de baja inferiores; dicho de otro modo, cada unidad de baja de licitación tiende a tener una menor correspondencia en puntos a medida que aumenta el importe global de dicha baja de licitación.

Manifiesta el órgano de contratación en el PCAP (en cumplimiento del deber de justificación establecido para todos los criterios de adjudicación en el artículo 116.4 c) de la LCSP y en el artículo 146.2 de la misma norma específicamente para las fórmulas de aplicación de los criterios de apreciación automática), y lo confirma en el informe de oposición al recurso, que la intención de la fórmula impugnada es evitar ofertas con valores anormales o desproporcionados que incidan negativamente en la calidad del objeto del contrato. Es decir, se afirma que se ha diseñado un sistema de valoración del precio que pretende desincentivar los mayores esfuerzos que puedan realizar los licitadores en sus ofertas económicas, pues dicho esfuerzo no se va a ver adecuadamente recompensado. Esto es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa pues, por un lado, conduce a no valorar adecuadamente las ofertas que mayores ventajas económicas proponen, y por otro, tiene un efecto disuasorio sobre las empresas inicialmente más dispuestas a ofrecer bajas de licitación importantes.

La modulación introducida en la fórmula puede calificarse como arbitraria, pues la finalidad que pretende conseguir el órgano de contratación, la de prevenirse contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, sólo puede lograrse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 149.4 de la LCSP), que incluye la audiencia al licitador sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida y que tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara la temeridad, la eliminación de la oferta, lo que no se consigue con el medio elegido por el órgano de contratación. La arbitrariedad es especialmente clara a la vista de que el propio poder adjudicador ha establecido en la cláusula 22.2.2 del PCAP parámetros objetivos para detectar cuándo la oferta puede ser considerada desproporcionada.

Por todo ello, el motivo de recurso debe aceptarse, lo que conlleva la anulación del criterio impugnado. No obstante, no se comparte la alegación del recurrente de que la fórmula es opaca y poco transparente; del propio escrito de recurso, que contiene varias simulaciones relativamente complejas acompañadas de los correspondientes gráficos, se deduce claramente que el recurrente la ha interpretado correctamente y comprendido el alcance de la misma, sin que se observen dificultades especiales de aplicación de la citada fórmula.

Tampoco se comparte la alegación de que procede establecer una fórmula con una ponderación proporcional lineal, pues el órgano de contratación goza de discrecionalidad para fijar los criterios de adjudicación (art. 116.4.c) de la LCSP), y si el legislador hubiera querido que ésta fuera la única forma de valorar los precios ofertados hubiese incluido la obligatoriedad de su utilización en la norma, cosa que no ha hecho.

5.4.5 Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva

Resolución 162/2018

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor elegidos, especialmente puestos en tela de juicio en el recurso, la apreciación de este Órgano debe partir de la doctrina deducida de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) nº 147/2015, de 31 de marzo de 2015, que anula la Resolución 007/2014 de este OARC / KEAO. En ella se sostiene que el artículo 150.2 TRLCSP (actual 146.2 de la LCSP) permite que los criterios de adjudicación sujetos a apreciación mediante juicios de valor tengan una ponderación superior a la de los evaluables mediante fórmulas, a pesar de que la opción preferente del legislador es la contraria en los contratos como el que nos ocupa (contrato de suministro). Ahora bien, según la referida sentencia, esa posibilidad no puede entenderse «como una mera disyuntiva a adoptar según libre opción del poder adjudicador convocante, de manera que sea mera facultad suya sustituir el predominio de los criterios matemáticos por los que no lo son con solo establecer que la valoración la realizarán expertos externos al órgano proponente del contrato, siendo necesario además que cuente con un fundamento propio la opción de dejar de lado la decantación legal por los criterios de valoración mediante fórmulas. Por ello, la Administración ignora el referido

precepto si se aparta de la preponderancia que el mismo establece sin una justificación específica y razonable».

En el expediente del contrato impugnado, la única justificación de los criterios de adjudicación empleados es la escueta frase (...) diversos elementos que se consideran relevantes para la decisión de adjudicación en función de su cumplimiento por parte de los adjudicatarios contenida en el informe de inicio del expediente. Esta mención es claramente genérica e insuficiente para cumplir el requisito de justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación que pide el artículo 116.4 c) de la LCSP, especialmente cuando se ha tomado una opción que, si bien es jurídicamente posible, es contraria a la preferencia legal del artículo 146.2 de la LCSP. Debe señalarse que, a juicio de este OARC / KEAO, la inadecuación de la motivación no viene dada solo por su carácter genérico e insuficiente, sino porque los elementos relevantes pueden insertarse también por otros medios distintos de la primacía de los criterios subjetivos (por ejemplo, criterios matemáticos referidos a aspectos técnicos, elevación de los niveles mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas o toma en consideración de esta cuestión en los criterios de solvencia técnica o en las condiciones de ejecución). A la vista de esta ausencia de motivación, y en aplicación de la doctrina fijada por el TSJPV en la citada sentencia, el motivo de impugnación debe aceptarse, con la consecuente anulación de los criterios de adjudicación afectados por la falta de justificación.

5.4.6 Criterios de adjudicación en los servicios del Anexo IV y prestaciones de carácter intelectual

Resolución 104/2018

El contrato recurrido tiene por objeto la seguridad y vigilancia de los puertos de Ondarroa, Lekeitio, Mundaka y Bermeo en Bizkaia, y posee el código CPV 79710000-4 incluido dentro de los servicios especiales del Anexo IV de la LCSP. De este precepto se desprende con meridiana claridad que en el contrato objeto de recurso los criterios relacionados con la calidad deben representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de ofertas, circunstancia que no se produce al otorgar la cláusula 22 del PCAP una ponderación de 70 puntos al criterio de la oferta económica. Por tanto, debe estimarse la pretensión de la parte recurrente.

Resolución 123/2018

El análisis de la viabilidad de la pretensión debe basarse en el alcance de la expresión «criterios relacionados con la calidad», que el artículo 145.4 de la LCSP solo menciona pero no delimita. Consecuentemente, este Órgano debe realizar una tarea interpretativa para determinar dicho alcance, tal y como se hace en los siguientes apartados:

1. En primer lugar, es relevante recordar que, como demuestra su ubicación sistemática, el límite del 51 por ciento al que se refiere el segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP no es sino una consecuencia

específica, para ciertos tipos de servicios entre los que se encuentran los de contenido intelectual, del mandato general de establecer criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad, el cual además menciona expresamente los servicios de arquitectura (ver el primer párrafo del artículo 145.4 de la LCSP).

2. Al citado mandato general se refiere el apartado II de la Exposición de Motivos de la LCSP, que señala que la norma establece (...) la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.
3. De los números 1) y 2) anteriores se desprende que los criterios relacionados con la calidad que, conjuntamente, deben sumar el 51 por ciento de la ponderación global para satisfacer el requerimiento del artículo 145.4 de la LCSP son los referidos a aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores (la vinculación al objeto del contrato es un requerimiento general para cualquier criterio de adjudicación, según el artículo 145.5 a) de la LCSP).
4. La expresión aspectos cualitativos referida a los criterios de adjudicación reconduce a los criterios recogidos en el artículo 145.2 de la LCSP ("criterios cualitativos"), en el que, por cierto, también se incluyen separadamente los criterios sociales y medioambientales, que la Exposición de Motivos menciona separadamente de los criterios cualitativos.
5. Adicionalmente, debe señalarse que tanto la LCSP como la Directiva 2014/24/UE utilizan ahora la expresión mejor relación calidad – precio para referirse a la selección de la oferta que se produce combinando la evaluación del precio o coste con la de cualquier otro criterio no relacionado con dicho precio o coste (ver, por ejemplo, el artículo 67.2 de la Directiva y el artículo 145.1 de la LCSP).
6. Es cierto que en el lenguaje común, la palabra calidad tiene un sentido más restringido que el que se ha expuesto en los números anteriores; así, el diccionario de la RAE la define como propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor. El uso de esta definición llevaría a entender que no tienen relación con la calidad los criterios que identifiquen aspectos de la prestación no integrados en su objeto (aunque sí vinculados con él en el sentido de los artículos 145.5 a) y 145.6 de la LCSP; ver también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, ECLI:EU:C:2012:284, asunto C-368/10, apartados 84 y siguientes, que inspiró este nuevo concepto de la vinculación al objeto). Sin embargo, parece claro que el legislador no ha querido referirse a esa acepción, como demuestra

el hecho de que la Exposición de Motivos vincula la calidad también a los criterios sociales, que el artículo 145.2 de la LCSP inserta dentro de los criterios cualitativos, cuando esos criterios pueden ser claramente ajenos a la materialidad de la prestación o no inherentes a ella. Piénsese, por ejemplo, en que nada añade ni resta a la calidad intrínseca de un proyecto arquitectónico el hecho de que lo haya elaborado una persona desfavorecida; sin embargo, este aspecto es evaluable como criterio social según el artículo 145.2.1º y el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE.

7. Consecuentemente, el plazo de entrega del proyecto de ejecución es un criterio cualitativo, expresamente recogido en el artículo 145.2.3º de la LCSP (la misma consideración le atribuye el artículo 67.2 c) de la Directiva 2014/24/UE) que debe computarse entre los "relacionados con la calidad".

5.4.7 No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración

Resolución 175/2018

BAXTER critica que el criterio de adjudicación «Valor técnico» no es claro porque no explica qué se entiende por «suficiente», «adecuada» o «preferente». A juicio de este OARC / KEAO, el recurso confunde el requisito de que los criterios de adjudicación no confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada (artículo 145.5 b) de la LCSP), es decir, de que contenga un fondo parcialmente reglado que limite la discrecionalidad del poder adjudicador para seleccionar la oferta más ventajosa y la exigencia de que el PCAP contenga necesariamente la regla de valoración del criterio sometido a juicio de valor. Por lo que se refiere a la primera cuestión, ya se ha señalado en el punto 1 anterior que el criterio «Valor técnico» no está correctamente delimitado desde el punto de vista sistemático y no es transparente. En cambio, la jurisprudencia europea ya ha establecido que no es exigible, de acuerdo con el Derecho de la Unión sobre contratación pública (ni tampoco según la LCSP, que lo incorpora a nuestro Ordenamiento) que los pliegos incluyan «el método de valoración aplicado por el poder adjudicador para evaluar y clasificar concretamente las ofertas» (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, así como las Resoluciones 107/2017 y 58/2018 del OARC / KEAO). Los términos que BAXTER considera poco claros no son, en realidad, un fondo parcialmente reglado del criterio, sino una regla de valoración de las proposiciones. Por ello, no habiendo obligación de establecer ninguna mención a las citadas reglas, no cabe aceptar la alegación de que la mencionada es insuficiente. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe rechazarse.

Resolución 186/2018

En lo que respecta a la omisión del método de valoración de este criterio de adjudicación, el análisis debe partir de que se trata de un criterio cuya valoración se efectuará mediante juicios de valor. A este respecto, cabe afirmar que ni de la jurisprudencia ni de la normativa de contratos del sector público se desprende la obligación de que el poder adjudicador comunique a los posibles licitadores, mediante publicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, el método de valoración que va a utilizar para evaluar y clasificar las ofertas según los criterios de adjudicación del contrato y su ponderación relativa establecidos previamente en sus pliegos rectores, por lo que no es exigible que la configuración del criterio deba incluir dicho método, cuestión que puede quedar dentro del margen de apreciación del órgano evaluador (ver, por ejemplo, la Resolución 36/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartados 26 y siguientes).

5.5 PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

5.5.1 Barreras de entrada a la competencia

Resolución 87/2018

Como ha señalado este OARC / KEAO en ocasiones anteriores, para que se pueda considerar la existencia de una barrera de entrada la prescripción técnica denunciada debe cumplir, por lo que interesa al objeto del recurso, dos condiciones. La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por un producto o tipo de producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan, y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato; finalmente, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la concurrencia, sin perjuicio de la inserción, en su caso, de dichos requisitos como criterios de adjudicación (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 116/2014, 7/2016, 111/2017 y 70/2018).

A la vista de todo lo anterior y de las alegaciones de las partes, este OARC / KEAO considera que la prescripción denunciada, si bien puede limitar en cierta medida el acceso a la licitación, obedece a razones de interés público atendibles, proporcionadas y relacionadas con el objeto y finalidad del contrato, estando su inserción en los pliegos amparada por la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación. En este sentido, se observa

que Osakidetza acredita que es una característica relevante para el mejor descanso de los pacientes (objetivo básico y no meramente accesorio del suministro que se pretende adquirir) y que no es privativa de un único fabricante. Finalmente, no se observa ningún indicio de que la prescripción debatida se haya establecido con la intención ilegítima de perjudicar o beneficiar a empresas o tipos de empresas concretas.

Resolución 113/2018

El artículo 126.1 de la LCSP establece que las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

Aplicados los citados principios a la prescripción impugnada, se observa en primer lugar que su establecimiento obedece a muy atendibles motivos de seguridad, ergonomía y eficacia, y en ningún caso puede considerarse caprichosa, arbitraria o desproporcionada. En segundo lugar, la descripción que figura en el PPT se formula en términos abstractos y por referencia a la funcionalidad que pretende satisfacerse, sin mencionar una patente o producto concreto, y permitiendo, como bien expresa el informe del poder adjudicador y se deduce del uso del término "similar", la presentación de otras soluciones técnicas alternativas existentes en el mercado, siempre que satisfagan la citada funcionalidad. A mayor abundamiento, el hecho de que se hayan presentado dos ofertas a la licitación es también un indicio de la inexistencia de una barrera de entrada limitativa de la competencia.

5.5.2 Función de las prescripciones técnicas

Resolución 134/2018

Como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2018), el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que

se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato. Además, las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo satisfaga. En definitiva, el poder adjudicador no puede obviar sus propias prescripciones técnicas y adjudicar el contrato a una oferta que las incumple.

Resolución 175/2018

Por lo que se refiere a las alegaciones de BAXTER sobre las irregularidades de las prescripciones técnicas, se observa lo siguiente:

La estipulación parte de un supuesto legalmente inaceptable pues, según el artículo 127.6 de la LCSP, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no pueden referirse a una marca o modelo exclusivo, con la excepción de que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del artículo 126.5 de la LCSP, en cuyo caso se acompañará la mención o equivalente. En lugar de satisfacer este precepto, el poder adjudicador ha optado por una cláusula genérica contraria al principio de transparencia (ver el artículo 1 de la LCSP y la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO) que no identifica las prescripciones afectadas (en realidad, ni siquiera queda claro si efectivamente existen dichas prescripciones o si la estipulación es meramente preventiva o hipotética) y que, por lo tanto, carga sobre los potenciales licitadores la difícil tarea de determinar su extensión mediante una revisión de todo el PPT a la búsqueda de posibles especificaciones a las que aplicarla. Además, que la falta de ajuste exacto a estas prescripciones no implique la exclusión de la oferta es la consecuencia de que éstas deben tomarse como guía u orientación, lo que supone, sensu contrario, que hay un margen de tolerancia en el que es válido no ajustarse fielmente al PPT, margen cuyo alcance desconocen los operadores económicos y que queda en manos de las apreciaciones de Osakidetza. Todo ello es contrario al citado principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permite al poder adjudicador la exclusión o admisión arbitraria de las proposiciones; de hecho, se incumple el mismo objetivo de las prescripciones técnicas, que comprende, entre otras cosas, la descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, la fijación de los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario y la indicación del nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2018 del OARC / KEAO), por lo que es contrario a la LCSP que la licitación se rija por un PPT que no establece con precisión estos aspectos al dejar en manos del poder adjudicador su determinación.

(...)

BAXTER estima que se definen las características técnicas de los aparatos de forma demasiado específica, en lugar de utilizar una descripción basada en criterios funcionales o en límites o rangos aproximados, que hubiera abierto más la competencia. El artículo 126.5 de la LCSP establece varias maneras de expresar las prescripciones técnicas que puede emplear el órgano de contratación, siendo la posibilidad de formularlas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales tan solo una de ellas, sin que exista jerarquía que las ordene ni preferencia por ninguno de dichos métodos (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018, asunto C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865), por lo que no cabe que la recurrente reproche que Osakidetza haya optado por la descripción de las características individuales de los productos.

5.6 VARIANTES Y MEJORAS

5.6.1 Mejoras: concepto

Resolución 112/2018

Tal y como tiene establecida la doctrina del OARC/KEAO a propósito del artículo 147.2 del TRLCSP, antecedente del artículo 145.7 de la LCSP (ver por todas, la Resolución 139/2016), este precepto no es sino una aplicación específica de otro principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C513/99, ECLI:EU:C:2002:495). En lo que a la cláusula impugnada se refiere, se observa que describir las mejoras como aquellas que estén directamente relacionadas con el objeto del contrato es redundante, pues se trata de una condición implícita en el mismo concepto de cualquier criterio de adjudicación (artículos 14.5 a) y 145.6 de la LCSP). Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 145.7 de la LCSP y, consecuentemente, poder versar la mejora sobre cualquier elemento de la prestación, se está infringiendo el principio de transparencia así como el de igualdad, pues la elección y valoración de las mejoras evaluables queda al libre arbitrio del órgano de contratación y a los licitadores se les oculta un dato fundamental para la fundada elaboración de sus proposiciones.

5.7 OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES

5.7.1 Obligación legal

Resolución 169/2018

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que:

(...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 60/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información sobre personal a subrogar tiene la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, pueden impugnar su inexactitud (ver la Resolución 118/2013 del OARC / KEAO). En este sentido, los pliegos no regulan la subrogación, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable como, por ejemplo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ver, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773), cuyo contenido no se vería en ningún caso alterado por la decisión que este Órgano pudiera adoptar.

5.8 CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

5.8.1 Condición de ejecución medioambiental

Resolución 160/2018

La cláusula 10.1 del PCAP es la otra estipulación impugnada. Como su título expresa, se trata de una condición especial medioambiental de ejecución del contrato de las recogidas en el artículo 202.2 de la LCSP. Además de establecer el alcance de la condición (que la electricidad suministrada proceda al 100% de fuentes renovables), indica cuál es la forma de acreditar su cumplimiento; en concreto, se exige que el contratista presente todas las certificaciones de procedencia de la energía suministrada que emita la CNMC de acuerdo con la Orden. A diferencia de lo que sucede con la cláusula 21.2, expresada en estos términos y para este contexto, el requerimiento es adecuado a la legislación contractual. En primer lugar, aunque no se establece así expresamente (literalmente, solo se habla de «la electricidad suministrada por la adjudicataria»), la exigencia se refiere únicamente a la electricidad suministrada en el marco del contrato, y no a la que pueda el adjudicatario vender en el resto de su actividad. Así se deduce de la misma definición de «condición de ejecución», que comprende la vinculación al objeto del contrato en el sentido que da a este término el artículo 145.6 de la LCSP (ver el artículo 202.1 de la LCSP); dicha vinculación no existiría si la exigencia se dirigiera a fiscalizar actividades de la empresa no relacionadas de ningún modo con la prestación contractual (así sucedería, por ejemplo, si al contratista se le pidiera la garantía de que, en el desarrollo de toda su actividad comercial, vende exclusivamente energía de origen renovable). A mayor abundamiento, la función principal del sistema de la Orden es precisamente demostrar al consumidor final que la energía adquirida es de origen renovable, que es, en definitiva, lo que la cláusula impugnada pretende (ver, por ejemplo, el documento de la Comisión de la Unión Europea «Criterios de la CPE de la UE aplicables a la electricidad»¹⁰). Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

¹⁰Disponible en el enlace: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/electricity_es.pdf.

6. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PROPOSICIONES

6.2 PLAZO DE PRESENTACIÓN

6.2.1 Inferior al establecido en la norma

Resolución 175/2018

El recurrente afirma que el plazo de presentación de ofertas establecido en el anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) del 13 de septiembre, que finaliza el día 10 de octubre a las 14:00 horas, es contrario al artículo 156 de la LCSP por ser más breve que el que este precepto establece como mínimo en su apartado 2 (35 días). Como bien indica Osakidetza, aunque la regla general (artículo 156.2 de la LCSP) es que el plazo de presentación de proposiciones no sea inferior a treinta y cinco días contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, el artículo 156.3 c) de la LCSP lo reduce en cinco días si el órgano de contratación acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos. Esta circunstancia concurre en el presente caso (ver, por ejemplo, la cláusula 12 del PCAP y las cláusulas 19.6.1, 20.5 y 24 de sus cláusulas específicas), por lo que, dado que el envío al DOUE se produjo el día 10 de septiembre, el plazo de 30 días finalizaría el día 10 de octubre.

El anuncio de la licitación establece el 10 de octubre como fecha límite para la presentación de ofertas en su apartado IV.3.4, pero especificando que solo hasta las 14:00 horas de dicho día. Consecuentemente, el plazo fijado no llega al mínimo legal porque su último día no se computa íntegramente como parte de él, sino solo sus catorce primeras horas; dicho de otro modo, el plazo ofrecido es de 29 días y 14 horas, y no de treinta días. Esta apreciación es, además, coherente con el artículo 31.2 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, que establece que los registros electrónicos permitirán la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro horas, lo que hace que la limitación horaria establecida, además de contraria a la LCSP y a este precepto, sea superflua y difícilmente entendible. Por todo ello, este motivo de recurso debe estimarse.

6.3 SECRETO DE LA OFERTA Y VALORACIÓN SEPARADA

6.3.1 Finalidad de la apertura separada de sobres

Resolución 157/2018

El párrafo 2º del artículo 146.2 de la LCSP señala que:

En todo caso, 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, dejándose constancia documental de ello. (...).

Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 74/2017) 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.

La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo sobre dicha objetividad (ver, por ejemplo, la Resolución 191/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

6.3.2 Vulneración material del secreto

Resolución 157/2018

Resulta relevante para la cuestión planteada reseñar que la infracción de la regla debe ser material y no meramente formal, siendo preciso que efectivamente se vulnere la objetividad que el sistema de valoración separada pretende garantizar (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2013 del OARC / KEAO).

6.5 SUBSANACIÓN Y ACLARACIONES

6.5.1 Aclaración de las ofertas

Resolución 184/2018

Este OARC / KEAO ha aceptado la aclaración de la oferta si se respetan los principios de proporcionalidad e igualdad de trato y no se modifican los términos de la proposición (ver, por ejemplo, la Resolución 112/2016); es decir, la finalidad de la aclaración es solventar una ambigüedad o error en la documentación presentada por el licitador que suscita dudas sobre el verdadero alcance de su voluntad contractual. Sin embargo, en el supuesto analizado, la voluntad expresada por el licitador frente al poder adjudicador, única sobre la que se pueden efectuar deducciones y emitir juicios jurídicos porque sobre la voluntad que los recurrentes alegan que querían expresar y no plasmaron adecuadamente no puede sino especularse, es clara y no permite interpretaciones ni precisa de ninguna explicación adicional: el licitador oferta un precio por anualidad para los servicios ordinarios. No hay en la oferta o en otros documentos contractuales ningún dato que permita deducir que la verdadera intención sea distinta de la expresamente formulada (como sí sucede en los casos alegados en el recurso, en los que había una discrepancia entre los precios unitarios y globales que hacían pensar que un error material evidente impedía conocer la intención de la oferta). En concreto, no se deduce del expediente que la voluntad de los recurrentes fuera la de ofertar el precio global, es decir, para toda la duración del contrato, como se alega en la impugnación (de hecho, esta afirmación no se extiende al precio propuesto para los servicios ordinarios). Consecuentemente, la proposición solo puede considerarse en sus propios términos literales pues, material y formalmente, es correcta aunque sea inaceptable, lo que conduce a la exclusión de la oferta por superar el importe máximo de licitación y a la desestimación del recurso.

Autorizar una «subsanción» como la que pretenden los recurrentes equivaldría a aceptar una nueva manifestación de voluntad para modificar la oferta, lo cual está terminantemente vedado por infringir los principios de igualdad de trato y transparencia del artículo 1 de la LCSP, siendo tan solo los licitadores los responsables de los perjuicios derivados de la falta de diligencia en la elaboración de la proposición, sin que puedan demandar al poder

adjudicador un trámite de aclaración para compensarla (ver la Resolución 109/2013 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

6.5.2 No cabe subsanar las carencias probatorias de los documentos

Resolución 137/2018

Finalmente, hay que señalar que no hay posibilidad de subsanar la infracción, ya que ello no supondría en este caso la reparación de defectos formales de los documentos presentados, sino suplir sus carencias probatorias sustituyéndolos por otros adecuados (ver, por ejemplo, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO).

9. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

9.1 CUMPLIMIENTO Y EFECTOS

9.1.1 Incidente de ejecución respecto de una resolución del OARC incumplida

Resolución 73/2018

Analizado el acto impugnado, se observa que aplica el criterio de adjudicación debatido en los mismos términos que el acto anulado por la Resolución 34/2018, ignorando su contenido y eludiendo así el carácter directamente ejecutivo que le atribuye el artículo 49.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF). Consecuentemente, este OARC / KEAO entiende que debe anularse la adjudicación dictada por el órgano de contratación el día 13 de abril y cumplirse en sus propios términos la Resolución 34/2018. Debe recordarse, además, que la citada Resolución señala en su Fundamento jurídico décimo que la estimación del recurso no es una conclusión que pueda verse modificada «(...) que su sustitución por cualquier otra, conocidas todas las ofertas, implicaría arbitrariedad por parte del poder adjudicador». No obstante, esta afirmación y la orden de retroacción de actuaciones impuesta por este Órgano, deben entenderse sin perjuicio de que dicho resultado imposible pudiera deberse a que la configuración del criterio de adjudicación es incompatible con el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un modo acorde con el interés público o a que dicho criterio está afectado por un vicio de legalidad insubsanable, en los términos descritos en los apartados 3 y 4, respectivamente, del artículo 155 del TRLCSF.

9.1.2 Cancelación de la licitación pero posibilidad de utilizar los mismos pliegos en el nuevo procedimiento

Resolución 88/2018

Llegados a este punto, se observa que los juicios de valor emitidos en el informe técnico que sustenta el acto impugnado se refieren a puntos negativos de la oferta que se basan en cuestiones no contemplados en el PPT; en este sentido, se observa que el citado PPT no contiene mención alguna a aspectos como la ergonomía del producto, el montaje de los tubos, las características del envoltorio o a que el suero pase o no por las baterías. Por lo tanto, la valoración no se ha ajustado al fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación tal y como este se describe en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 122/2017 del OARC / KEAO), que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculando a los operadores económicos y a la Administración. Si a esto se le añade que la puntuación

otorgada supone la eliminación del recurrente y que dicha exclusión se produce, además, por un margen estrechísimo (24 puntos cuando se necesitaban 25), este OARC / KEAO entiende que debe anularse el acto impugnado. Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, ésta debiera conllevar, en principio, la retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva evaluación del criterio debatido; sin embargo, tal solución no es posible porque la valoración de las ofertas ya no podría realizarse con la separación de la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor y los sujetos a aplicación mediante fórmulas que exige el artículo 150.2 del TRLCSP, por lo que debe cancelarse la licitación. No obstante, el momento al que se deben retrotraer las actuaciones no ha de ser forzosamente el de la redacción de los pliegos, pues ningún reproche a ellos ha efectuado el recurrente, pudiendo optar el órgano de contratación por redactar unos nuevos pliegos o por reiniciar un nuevo procedimiento de adjudicación con base en los mismos (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2018 del OARC / KEAO)

9.1.3 El OARC no puede establecer *a priori* un contenido determinado de los pliegos

Resolución 98/2018

En la pretensión del recurso se solicita que se proceda a la redacción de unos nuevos pliegos en los que se divida el contrato en lotes. Este OARC/KEAO no puede dar satisfacción a esta petición ya que como consecuencia de la declaración de invalidez de la totalidad de los pliegos, el órgano de contratación redactará unos nuevos en los que podrá configurar nuevamente el objeto del contrato. Consecuentemente, habrá de estarse a la estructura de la obligación plasmada en estos nuevos pliegos y a la motivación aportada en el expediente para justificar la división o no del contrato en lotes para concluir si tal decisión se halla dentro de los límites del ejercicio de una potestad discrecional.

9.1.4. Efectos de la anulación de los pliegos por no justificar la división en lotes

Resolución 136/2018

El alcance y la importancia de las cláusulas que deben anularse implica la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación; en particular, la anulación de un criterio de adjudicación implica en todo caso la cancelación de la licitación (ver, por ejemplo, la resolución 104/2018 de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:651, asunto C-448/01). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la estimación del motivo recogido en la letra a) anterior (la no

división en lotes del contrato) implica la anulación del apartado 1.3 de la carátula del PCAP, pero no impide que los pliegos de una hipotética nueva licitación contemplen, en su caso, la no división en lotes del objeto del contrato, siempre que ello esté debidamente motivado en razones que lo permitan.

9.1.5. Cancelación de la licitación pero no de los pliegos

Resolución 138/2018

El alcance y la importancia que tiene la información omitida en la elaboración de la oferta obliga a la estimación parcial del recurso y, por consiguiente, a la cancelación de la licitación (no así de los pliegos) al objeto de que se proceda a una nueva licitación en la que figure la información sobre el número estimado de servicios a solicitar en la documentación contractual.

9.1.6. Efectos de la resolución limitados por el principio de congruencia

Resolución 158/2018

Una vez desestimada la pretensión que tiene por objeto cancelar la licitación por no observarse el supuesto de hecho que pueda dar lugar a un «recurso indirecto» contra los pliegos y desestimada la pretensión de acceder a la oferta del adjudicatario impugnado por disponer el recurrente de toda la información precisa y hallarse el recurso sustentado en derecho, no procede entrar a examinar la adecuación de la valoración de la oferta a los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, pues ello implicaría el tener que emitir una resolución fuera de los límites de las pretensiones formuladas por el recurrente.

9.3 TEMERIDAD O MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

Resolución 102/2018

BRAUN solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiéndose que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa



no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque no queda acreditada en el expediente voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

Resolución 178/2018

El Ayuntamiento de Sopuerta solicita la imposición de multa a la recurrente por temeridad o mala fe en la interposición del recurso. Este órgano resolutorio ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP aplicable al contrato que nos ocupa) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa este OARC/KEAO considera que no procede la imposición de la sanción porque, en lo que al primero de los presupuestos mencionados se refiere se observa que el recurso está suficientemente argumentado, tanto en lo conveniente a la utilización de la vía del recurso especial como en lo concerniente a la oposición a la exclusión de su oferta; además, téngase en cuenta que, en cualquier caso, el procedimiento se hubiera suspendido porque sobre el mismo acto impugnado existe otro recurso de otro licitador que igualmente ha supuesto la suspensión, y en lo que al segundo se refiere, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación, pues el acatamiento a los pliegos, en los que consta expresamente que no procede el recurso especial, no puede significar la imposición de una sanción por la utilización de las vías de recurso que el interesado considera que son las procedentes, aunque luego no lo sean.

9.4 PÉRDIDA DEL OBJETO DEL RECURSO

Resolución 59/2018

A juicio de este OARC / KEAO, la rectificación del PPT publicada por el órgano de contratación en el perfil de contratante del poder adjudicador, satisface la pretensión del recurso, ya que incluye el número de horas al que se refiere ELA. En este sentido, si bien la nueva cifra es la de 12.309,87 horas y el recurso habla de 12.338,06, ello parece deberse a un error en la suma en este último escrito, ya que se especifica que a las 10.338,06 horas inicialmente consignadas en el PPT deben añadirse 1.971,81 horas, operación de la que, en realidad, resultan las 12.309,87 horas que señala la citada rectificación. Consecuentemente, el procedimiento para la resolución del recurso carece ya de objeto. De acuerdo con el artículo 84.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, producirá la terminación del mismo la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. Por todo ello, debe declararse concluso el procedimiento.

Resolución 90/2018

El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA), aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el presente caso, el desistimiento de la adjudicación (artículo 152.4 LCSP) deja sin objeto la pretensión del recurrente, dado que este Órgano nada tendría que anular en el hipotético caso de estimar el recurso que consiste precisamente en una pretensión de anulación, por lo que debe declararse la finalización del procedimiento de recurso especial.

10. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES

10.1 NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES

10.1.1 Obligación de notificar la exclusión decretada por la mesa de contratación

Resolución 78/2018

Finalmente, debe añadirse que el artículo 42.2 b) del TRLCSP es claro en considerar susceptible de recurso especial un acto de la Mesa por el que se acuerda la exclusión de un licitador, y es igualmente claro que el acto recurrido, como se deduce de su literalidad («Quedan excluidas...») y de sus efectos (la no apertura del sobre referido a los criterios evaluables mediante fórmula), adopta precisamente dicha decisión y no es una mera propuesta al órgano de contratación. Consecuentemente, no cabe que el poder adjudicador pretenda negar la existencia del deber de motivar y notificar adecuadamente dicho acto, o dilatar su cumplimiento hasta la resolución de la adjudicación que contenga o confirme la exclusión (art. 151.4.b) del TRLCSP), pues ello sería tanto como negar la posibilidad efectiva, legalmente establecida, de recurrir autónomamente la exclusión acordada por la Mesa, vaciando así de contenido el artículo 42.2 b) del TRLCSP. Lo anterior no quita para que el interesado en atacar la exclusión pueda optar por demorar su recurso hasta la adjudicación que la confirma si, como es el caso, la Mesa no le ha ofrecido en forma y fondo correctos el recurso especial contra su decisión.

11. OTRAS CUESTIONES

11.1 OTRAS CUESTIONES

11.1.1 Transitoriedad entre el TRLCSP y la LCSP

Resolución 70/2018

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

- a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 30 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

- b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor. El acto impugnado se dictó el día 28 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 y siguientes de la LCSP.

11.1.2 Inaplicación de la Ley de Sociedades de Capital a una Junta de Concertación

Resolución 85/2018

La Ley de Sociedades de Capital, que es de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, no resulta de aplicación a la Junta de concertación, pues se trata de una entidad que goza de naturaleza administrativa (art. 163.1 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo).

11.1.3 El pago de los servicios efectivamente prestados no supone subsanar los vicios de legalidad de la relación jurídica con el proveedor

Resolución 94/2018

El recurrente alega que la Administración ha infringido el principio de confianza legítima porque el acto impugnado es contrario a la apariencia jurídica creada por dos hechos: el inicio de la ejecución del contrato previa solicitud verbal de la Administración sin que el contrato se haya formalizado y con conformidad a las correspondientes facturas, y los trámites ante las Diputaciones Forales para obtener la preceptiva autorización:

- por lo que se refiere al primero, debe ser bien sabido por el recurrente (contratista habitual del sector público) que la ejecución de un contrato no puede iniciarse, salvo emergencia, antes de la formalización (artículo 156.5 del TRLCSP), y que no cabe la contratación verbal (artículo 28.1 del TRLCSP). Si, a pesar de ello, accedió a prestar el servicio, no puede alegar mala fe de la Administración pues, en todo caso, de existir esta, estaría compensada por la suya, que no dudó en aceptar el encargo a pesar de conocer su manifiesta irregularidad; en este sentido, no cabe alegar que la actuación propia está amparada por la confianza legítima que genera una situación de hecho sin ninguna apariencia de legalidad y de la que, además, el propio recurrente es cómplice. Además, tampoco parece que la supuesta confianza legítima alegada llegue hasta el extremo de hacer pensar que la Administración ha aceptado el cambio de vehículo. Finalmente, que se hayan conformado las facturas solo significa que se reconoce que se corresponden con servicios efectivamente prestados, y que deben abonarse para no provocar el enriquecimiento injusto del poder adjudicador, sin que ello implique ningún tipo de pronunciamiento sobre la legalidad de la relación con el proveedor, ni mucho menos la subsanación o convalidación de los vicios jurídicos en los que incurre un contrato verbal.
- en sentido análogo, ninguna apariencia que pueda invocarse supone la tramitación de la autorización ante la Diputación Foral, pues para nada equivale a la formalización del contrato ni mucho menos al permiso para cambiar el vehículo.



