



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

# DOCTRINA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI  
LCSP  
2018-2020



## ÍNDICE

<b>1. REQUISITOS DEL RECURSO</b> .....	12
1.1. Legitimación activa.....	12
1.1.1. Carece de ella la asociación que actúa fuera del ámbito geográfico señalado en sus estatutos.....	12
1.1.2. Carece de ella una asociación cuando el acto impugnado no perjudica sus intereses según sus estatutos.....	13
1.1.3. La tiene una asociación que no tiene intención de licitar .....	14
1.1.4. Del licitador excluido no firme .....	15
1.1.5. De sindicato para impugnar la omisión de los costes de subrogación y falta de publicación en el DOUE .....	18
1.1.6. La tiene un sindicato para impugnar la externalización de un servicio por considerar que incumple los acuerdos de negociación colectiva.....	20
1.1.7. Carece de ella el sindicato que únicamente impugna la división en lotes	21
1.1.8. No la tiene el sindicato que impugna el criterio de adjudicación “Proyecto técnico”.....	22
1.1.9. Carece de ella el trabajador temporal que alega que no le beneficia la externalización del servicio .....	23
1.1.10. Carece de ella quien no discute la posición del adjudicatario ni aspira a ella .....	24
1.1.11. Carece de ella el licitador que no recurre todas las ofertas mejor clasificadas que la suya .....	24
1.1.12. La tiene el licitador que recurre todas las ofertas que le anteceden en el orden de clasificación.....	25
1.1.13. Carece de ella el licitador que pide la exclusión de quien está peor clasificado .....	25
1.1.14. No cabe basar la falta de legitimación en una posible falta de aptitud para contratar de la recurrente.....	26
1.1.15. Carece de ella el licitador que impugna la adjudicación pero no su exclusión .....	26
1.1.16. No la tiene quien no participa en el procedimiento de adjudicación por carecer de los requisitos subjetivos e impugna la adjudicación .....	28
1.1.17. Carece de ella el licitador que impugna ofertas peor clasificadas que la suya.....	30
1.1.18. Carece de ella quien impugna una adjudicación y no ha presentado oferta .....	31
1.1.19. La tiene el operador económico que impugna los pliegos y no presenta oferta .....	32
1.1.20. La tiene quien impugna un procedimiento negociado sin publicidad .....	32
1.1.21. La tiene el operador económico que impugna una cláusula que le impide ser subcontratista del adjudicatario .....	33



1.1.22. Falta de conexión de la pretensión con los intereses de la recurrente...	33
1.1.23. La tiene el concejal para controlar la correcta ejecución del presupuesto municipal .....	35
1.1.24. Carece de ella el concejal que ha votado a favor del acuerdo impugnatorio .....	36
1.2 Plazo, forma y lugar de interposición. ....	36
1.2.1. Plazo si comunicación verbal de la exclusión .....	36
1.2.2. Plazo si presentación en correos y comunicación simultánea al OARC ..	38
1.2.3. Plazo si las respuestas a las aclaraciones no contienen novedades .....	40
1.2.4. Plazo si se notifica uno distinto al establecido en la LCSP .....	42
1.2.5. Plazo si incumplimiento de la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP.....	43
1.2.6. Cómputo del plazo de interposición y estado de alarma. ....	44
1.2.7. Levantamiento de la suspensión de los plazos del Real Decreto-ley 17/2020 .....	46
1.2.8. La notificación ha de efectuarse conforme a la LCSP y los pliegos no pueden disponer válidamente de ello.....	50
1.2.9. Preclusividad del plazo respecto de unas cláusulas que pudieron impugnarse en el recurso contra unos pliegos anteriores con el mismo objeto. 51	
1.2.10. Plazo si la notificación del acto se efectúa únicamente en euskera sin que lo solicite el interesado .....	53
1.2.11. Plazo de interposición cuando la adjudicación no se ha publicado el mismo día en que se remitió el aviso de notificación en el perfil.....	54
1.2.12. Calendario de días inhábiles si presentación electrónica del recurso ante OARC.....	55
1.2.13. Inicio del cómputo del plazo si publicación en el DOUE.....	56
1.2.14. No se puede exigir del adjudicatario una impugnación preventiva de las ofertas admitidas so pena de preclusión del plazo.....	59
1.2.15. Si lugar de presentación diferente al del registro del OARC .....	60
1.3 Actos recurribles .....	60
1.3.1 No es acto recurrible el informe de valoración .....	60
1.3.2. No cabe recurso especial contra una resolución del OARC.....	61
1.3.3. No es acto recurrible la ejecución de una resolución del OARC .....	62
1.3.4. No es acto recurrible el requerimiento de la Mesa de contratación de aclaración de la oferta .....	62
1.3.5. No es acto recurrible el requerimiento de subsanación.....	63
1.3.6. No es acto recurrible la declaración de oferta más ventajosa .....	64
1.3.7. No es acto recurrible la negativa a la solicitud del contratista de modificar el contrato .....	64
1.3.8. No es acto recurrible el acuerdo de iniciar la resolución de un contrato ..	65



1.3.9. No es acto recurrible la propuesta de adjudicación de un contrato .....	66
1.3.10. No es acto recurrible la comunicación para el abono de una penalización .....	67
1.3.11. Es impugnabile la decisión de no formalizar el contrato .....	68
1.3.12. Es impugnabile la decisión de desistir del contrato.....	69
1.3.13. Es impugnabile el nombramiento de los miembros del comité de expertos .....	70
1.3.14. Es impugnabile la decisión de contratar.....	71
1.3.15. Son impugnables las aclaraciones del poder adjudicador.....	71
1.4 Contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial .....	72
1.4.1 Contrato mixto .....	72
1.4.2 Contrato patrimonial .....	73
1.5 Poderes adjudicadores sujetos a la competencia del OARC .....	76
1.5.1. Junta de Concertación de Zorrotzaurre.....	76
1.5.2. BIZKAIKOA no está sujeta al OARC .....	77
1.5.3. El Instituto Foral de Bienestar Social no está sujeto al OARC .....	78
1.6 Otras cuestiones procesales .....	78
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 .....	78
1.6.2. La caducidad no es aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato .....	80
1.6.3. Desistimiento de la solicitud de medidas provisionales de forma previa a la interposición del recurso especial .....	81
1.6.4. Tramitación del recurso conforme a su verdadera naturaleza .....	82
1.6.5. Requisitos para que un escrito sea considerado un recurso.....	84
1.6.6. Incumplimiento de la obligación de no adoptar decisiones mientras el procedimiento esté suspendido con ocasión de un recurso especial.....	85
1.6.7. Personas jurídicas. Representación y acuerdo del órgano competente sobre la interposición del recurso.....	86
1.6.8. Sobre el acceso al expediente .....	87
1.6.9. “Cosa juzgada administrativa” .....	91
1.6.10. Transitoriedad entre la Ley 3/2007 y el Real Decreto-ley 3/2020.....	92
1.6.11 Carga de la prueba.....	94
<b>2. Principios de la contratación pública .....</b>	<b>94</b>
2.1 Igualdad de trato .....	94
2.2 Publicidad y transparencia .....	99
2.3 Libertad de acceso .....	102
2.4 Libre competencia .....	103
2.6 Otros .....	104



2.6.1. Libertad de pactos.....	104
2.6.2. Proporcionalidad .....	105
2.6.3 Principios de buena fe y confianza legítima .....	105
<b>3. Capacidad, solvencia y clasificación .....</b>	<b>106</b>
3.1 Operadores económicos .....	106
3.1.1 Centros especiales de empleo .....	106
3.2 Prohibiciones de contratar.....	115
3.2.1 Momento en el que debe producirse la situación de ausencia de prohibiciones de contratar .....	115
3.4 Solvencia.....	115
3.4.1 No discriminación .....	115
3.4.2 Titulaciones académicas .....	118
3.4.3 Trabajos similares .....	119
3.4.4 Documento europeo único de contratación.....	124
3.4.5 Visita previa a las instalaciones.....	128
3.4.6 Exigencia de presentación de una maqueta a todos los licitadores .....	128
3.4.7 Proporcionalidad de los requisitos exigidos .....	129
3.4.8 Concepto de “destinatario” de los trabajos anteriores.....	131
3.4.9 Los conflictos de intereses que impiden la correcta ejecución del contrato suponen falta de solvencia.....	132
3.4.10 No hay preferencia legal por algún medio de acreditación.....	133
3.4.11 Relevancia del momento del depósito de las cuentas anuales .....	134
3.4.12 No cabe acreditar la solvencia de un operador económico con servicios prestados por cuenta ajena.....	135
3.4.13 Solvencia de las empresas de nueva creación .....	135
3.4.14 Solvencia económica y financiera acreditada por medio alternativo al solicitado en los pliegos .....	137
3.4.15 Compromiso de adscripción de medios .....	138
3.4.16 Conflicto de intereses por relación profesional previa .....	139
3.6 Habilitación profesional .....	140
3.6.1 Momento en el que debe apreciarse su concurrencia.....	140
3.7 Objeto social .....	141
<b>4. Procedimiento de contratación .....</b>	<b>141</b>
4.1 Procedimientos de adjudicación.....	141
4.1.1 Concurso de proyectos .....	141
4.1.2 Acuerdo Marco .....	145
4.1.3 Procedimiento negociado.....	149
4.3 Mesa de Contratación .....	151



4.3.1 Requisitos de la válida constitución de la Mesa .....	151
4.3.2 La Mesa en los poderes adjudicadores que no son Administración Pública .....	152
4.4 Comité de expertos .....	152
4.4.1 Composición del Comité de expertos .....	152
4.4.2 Supuestos en los que debe intervenir .....	154
4.4.3 Organismo técnico especializado .....	155
4.5 Otros trámites del procedimiento .....	157
4.5.1 Elaboración del informe de valoración por un técnico municipal que no ha participado en la elaboración del PPT .....	157
4.5.2 Conflicto de intereses del evaluador .....	158
<b>5. Pliegos del contrato .....</b>	<b>160</b>
5.1 Cuestiones generales .....	160
5.1.1 Correcta definición del objeto .....	160
5.1.2 División en lotes .....	167
5.1.3 Requisitos de las modificaciones previstas .....	169
5.1.4 Documentos incluidos en el concepto de “pliegos” .....	171
5.1.5 Vigencia y plazo de ejecución .....	174
5.1.6 Rectificaciones de los pliegos .....	175
5.1.7 Motivación de distintos aspectos del expediente .....	182
5.1.8 Régimen jurídico de los contratos mixtos .....	183
5.1.9 Cuestiones que deben figurar en cada pliego .....	185
5.1.10 Externalización de servicios .....	186
5.1.11 La legislación vigente obliga al contratista por su propia fuerza vinculante .....	186
5.2 Interpretación .....	187
5.2.1 Interpretación acorde a la literalidad .....	187
5.2.2. Discrepancia entre las dos versiones lingüísticas de los pliegos .....	187
5.3 Precio, presupuesto y valor estimado .....	190
5.3.1 Precio del contrato y adecuación al mercado .....	190
5.3.2 Concepto y función del valor estimado .....	198
5.3.3 Coste de amortización establecido en el presupuesto .....	198
5.3.4 Cobertura presupuestaria del contrato .....	199
5.3.5 Contratos por precio unitario .....	200
5.4 Criterios de adjudicación .....	201
5.4.1 Vinculación al objeto .....	201
5.4.2 Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria .....	202



5.4.3 Criterios sujetos a fórmulas .....	203
5.4.4 El precio como criterio de adjudicación .....	204
5.4.5 Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva .....	208
5.4.6 Criterios de adjudicación en los servicios del Anexo IV y prestaciones de carácter intelectual .....	209
5.4.7 No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración .....	212
5.4.8 Su función es comparar entre ofertas .....	213
5.4.9 Criterio de adjudicación restrictivo de la competencia.....	214
5.4.10 Criterios de adjudicación con umbrales eliminatorios.....	214
5.4.11 Valoración de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato .....	215
5.4.12 Criterios de adjudicación en contratos intensivos en mano de obra .....	218
5.4.13 No cabe la valoración de la solvencia del licitador como criterio de adjudicación .....	219
5.4.14 Acreditación del criterio de adjudicación .....	220
5.5 Prescripciones técnicas.....	221
5.5.1 Barreras de entrada a la competencia .....	221
5.5.2 Función de las prescripciones técnicas.....	224
5.5.3 Facultad de decidir arbitrariamente sobre la equivalencia de las ofertas a los requerimientos técnicos mínimos .....	226
5.5.4 Uso de términos no técnicos para describir las prescripciones .....	226
5.5.5 Diferencia con los criterios de adjudicación .....	227
5.5.6 Profesiones tituladas (ingeniería y arquitectura) .....	227
5.5.7 Discrecionalidad para la fijación de las prescripciones técnicas y mención “o equivalente” .....	230
5.5.8 Arraigo territorial.....	235
5.5.9 Prescripciones técnicas que superan los límites mínimos legales .....	238
5.5.10 Diferencia con los requisitos legales aplicables a la actividad contratada .....	239
5.6 Variantes y mejoras.....	239
5.6.1 Mejoras: concepto .....	239
5.6.2 No es necesario atender al valor económico de las mejoras .....	240
5.6.3 Diferencia entre las variantes y la versatilidad de la oferta .....	240
5.7 Obligación de subrogación de trabajadores .....	241
5.7.1 Obligación legal.....	241
5.7.2 Contenido mínimo de la información que debe facilitarse .....	244



5.7.3 No hay obligación de que el nuevo contrato permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda mantener en él las mismas condiciones.....	246
5.7.4 Errores en la información sobre subrogación.....	247
5.8 Condiciones especiales de ejecución .....	248
5.8.1 Condición de ejecución medioambiental.....	248
<b>6. Cuestiones relativas a las proposiciones .....</b>	<b>249</b>
6.1 Documentación técnica y económica.....	249
6.1.1 Libertad de configuración de la oferta .....	249
6.1.3 Requisitos de extensión y forma de la oferta .....	249
6.1.4 No es necesario que la oferta acate expresamente todos los apartados de los pliegos .....	249
6.1.5 No es parte de la oferta la información contenida en otras fuentes .....	250
6.2 Plazo de presentación.....	251
6.2.1 Inferior al establecido en la norma .....	251
6.2.2 Proposición presentada fuera de plazo por supuesto mal funcionamiento de la Plataforma .....	252
6.2.3 Oferta presentada fuera de plazo por huelga.....	254
6.3 Secreto de la oferta y valoración separada.....	254
6.3.1 Doctrina general.....	254
6.3.2 Vulneración material del secreto .....	256
6.3.3 Relevancia de la calificación del criterio de adjudicación como automático .....	257
6.4 Ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas.....	258
6.4.1 Doctrina general.....	258
6.4.2 Apreciación de anormalidad basada en un error de hecho.....	260
6.4.3 Requerimiento al licitador sospechoso de anormalidad .....	261
6.4.4 No cabe defender la viabilidad de la oferta sospechosa con base en supuestos diferentes de los de dicha oferta.....	261
6.4.5 La anormalidad debe apreciarse en relación a la globalidad de la oferta.....	262
6.4.6 Justificación incompleta de la anormalidad de la oferta .....	262
6.4.7 Justificación de la anormalidad basada en una actuación propia ilícita que beneficia al licitador sospechoso y perjudica a los demás .....	263
6.5 Subsanación y aclaraciones.....	267
6.5.1 Aclaración de las ofertas .....	267
6.5.2 No cabe subsanar las carencias probatorias de los documentos .....	271
6.5.3 Plazo adicional para aportar un documento.....	271
6.5.4 Reelaboración de la oferta .....	273
6.5.5 Subsanación y aclaraciones fuera del procedimiento .....	274
6.5.6 Omisión en la oferta de los precios unitarios.....	275



6.5.7 Alteración sustancial del modelo de oferta.....	276
6.5.8 Subsanación de la documentación presentada por el licitador que ha presentado la oferta mejor valorada.....	277
6.5.9 Copias simples.....	279
6.5.10 Declaraciones responsables.....	279
<b>7. Exclusión del procedimiento.....</b>	<b>280</b>
7.1 Exclusión del procedimiento.....	280
7.1.1 No es preciso aportar una justificación expresa del cumplimiento de todas las prescripciones de los pliegos.....	280
7.1.2 Claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión.....	281
7.1.3 Exclusión de una oferta incompleta que impide la valoración de las ofertas en pie de igualdad.....	282
<b>8. Adjudicación.....</b>	<b>283</b>
8.1 Motivación y discrecionalidad técnica.....	283
8.1.1 Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica.....	284
8.1.2 Libertad formal de la motivación.....	287
8.1.3 Motivación de la aplicación de los criterios con umbrales eliminatorios.....	287
8.1.4 Motivación “in aliunde”.....	288
8.1.5 Motivación de la aplicación de los criterios sujetos a apreciación mediante fórmula.....	288
8.1.6 Valoración sobre base fáctica errónea.....	289
8.2 Otras formas de finalización del procedimiento.....	290
8.2.1 Desistimiento: razones de legalidad.....	290
<b>9. La resolución del recurso.....</b>	<b>291</b>
9.1 Cumplimiento y efectos.....	291
9.1.1 Incidente de ejecución respecto de una resolución del OARC incumplida.....	291
9.1.2 Cancelación de la licitación pero posibilidad de utilizar los mismos pliegos en el nuevo procedimiento.....	292
9.1.3 El OARC no puede establecer “a priori” un contenido determinado de los pliegos.....	293
9.1.4. Efectos de la anulación de los pliegos por no justificar la división en lotes.....	294
9.1.5. Efectos de la resolución limitados por el principio de congruencia.....	295
9.1.6. Retroacción posible por afectar a criterios automáticos.....	295
9.1.7. Retroacción para motivar en forma.....	296
9.1.8. La motivación permite que el OARC / KEAO asigne los puntos de forma unívoca sin retroacción.....	297
9.1.9. No cabe retroacción porque no es posible la valoración separada de los criterios de adjudicación.....	298



9.1.10. La anulación de un criterio de adjudicación conlleva la del procedimiento .....	299
9.1.11. No cabe una pretensión consistente en no valorar un criterio de adjudicación .....	299
9.1.12. Consecuencia de la evaluación de los criterios subjetivos por organismo que carece de las notas del artículo 146.2.b LCSP .....	300
9.1.13. Los nuevos pliegos deben garantizar la libre competencia y la igualdad de todos los operadores económicos.....	301
9.1.14. Efecto de la resolución: se obtiene la declaración de desierto, que mejora la posición del recurrente excluido .....	301
9.1.15. Aplicación moderada de la nulidad.....	302
9.2 Otras formas de finalización del procedimiento de recurso.....	303
9.2.1 Efecto del informe del poder adjudicador que admite la pretensión .....	303
9.2.2 Procedimiento concluso por desistimiento del recurrente .....	304
9.2.3 Efectos de la no subsanación de la acreditación de la representación ...	306
9.3 Temeridad o mala fe en la interposición del recurso .....	309
9.3.1 No procede.....	309
9.3.2. Procede.....	313
9.4 Pérdida del objeto del recurso.....	315
9.4.1 Satisfacción extraprocesal de la pretensión .....	315
9.4.2 Desistimiento del procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador .....	315
9.4.3 La declaración de desierto deja sin objeto el procedimiento .....	316
9.4.4 Procedimiento concluso por pérdida sobrevenida del objeto del recurso (nueva adjudicación del contrato en favor de la recurrente).....	316
9.5 Otras cuestiones .....	317
9.5.1 Costes de asistencia letrada .....	317
<b>10. Notificación de los actos recurribles.....</b>	<b>317</b>
10.1 Notificación de los actos recurribles .....	317
10.1.1 Obligación de notificar la exclusión decretada por la mesa de contratación .....	317
10.1.2. Debe practicarse conforme a la DA 15ª de la LCSP .....	318
10.1.3. La publicación del informe de valoración no equivale a su notificación.....	319
10.1.4 Notificación defectuosa .....	320
<b>11. Otras cuestiones .....</b>	<b>321</b>
11.1 Otras cuestiones .....	321
11.1.1 Transitoriedad entre el TRLCSP y la LCSP .....	321
11.1.2 Inaplicación a una Junta de Concertación de la Ley de Sociedades de Capital .....	322



11.1.3 El pago de los servicios efectivamente prestados no supone subsanar los vicios de legalidad de la relación jurídica con el proveedor.....	322
11.1.4 Concepto de “Programas de empleo protegido” .....	323
11.1.5 Pago de una tasa como requisito de admisión de la oferta.....	324
11.1.6 No se puede rebatir en recurso especial una autorización concedida por órgano competente .....	325
11.1.7 Plazo de garantía .....	325
11.1.8 Contratación centralizada.....	326
11.1.9. Subcontratación .....	327
<b>ANEXO: SENTENCIAS DEL TSJPV SOBRE RESOLUCIONES DEL OARC/KEAO</b> .....	<b>328</b>



## 1. REQUISITOS DEL RECURSO

### 1.1. Legitimación activa

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

1.1.2. Carece de ella una asociación cuando el acto impugnado no perjudica sus intereses según sus estatutos

#### Resolución 036/2019

En el caso de las Asociaciones representativas de intereses colectivos que no han tomado parte en el procedimiento de adjudicación, la existencia de los derechos o intereses legítimos que constituyen la base de la legitimación activa debe verificarse mediante el contraste de los fines de la Entidad contenidos en sus Estatutos con la pretensión ejercida para determinar si el éxito de esta última supondría la satisfacción de dichos fines. La recurrente solicita la anulación del acto impugnado y que se ordene la retroacción de las actuaciones para que se acuerde la exclusión de INTEGRA y para que se requiera a GUREAK la documentación necesaria para proceder a la adjudicación del contrato en su favor. En síntesis, el argumento que fundamenta la petición es el incumplimiento por INTEGRA del requisito de ser un Centro Especial de Empleo (en adelante, CEE) de iniciativa social, dado que se niega que se satisfaga este último inciso. Por otro lado, el artículo 2 de los Estatutos de EHLABE establece

---

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, los siguientes enlaces: [https://es.wikipedia.org/wiki/Zona\\_Minera\\_\(Vizcaya\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Zona_Minera_(Vizcaya))  
[http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/perfiles\\_salud/es\\_def/adjuntos/bizkaia/ZONA%20MINERA%20%20Perfiles%20de%20salud.pdf](http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/perfiles_salud/es_def/adjuntos/bizkaia/ZONA%20MINERA%20%20Perfiles%20de%20salud.pdf) así como el artículo “Margen izquierda y zona minera (Bizkaia): un territorio metropolitano como escenario del cambio social”, de José Ignacio Homobono, disponible en el siguiente enlace:  
[http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie\\_10\\_Antropologia\\_cultural\\_MARGE\\_N%20IZQUIERDA%20Y%20ZONA%20MINERA%20\(BIZKAIA\)\\_%20UN%20TERRI.pdf?hash=1f3e2fc\\_bfe7bcc9434b5263a5ad44e26](http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_10_Antropologia_cultural_MARGE_N%20IZQUIERDA%20Y%20ZONA%20MINERA%20(BIZKAIA)_%20UN%20TERRI.pdf?hash=1f3e2fc_bfe7bcc9434b5263a5ad44e26)



que el fin primordial de esta Asociación es conseguir la plena integración laboral y social de las personas con discapacidad; además, es relevante señalar que el artículo 27 indica que Pueden ser miembros de la Asociación aquéllas entidades públicas o privadas que, con una clara vocación social, promuevan alternativas de empleo remunerado para personas con discapacidad (...). De todo ello se deduce que la estimación del recurso no satisfaría los fines sociales de la recurrente o, dicho de otro modo, que el acto impugnado no perjudica dichos intereses. Debe tenerse en cuenta que INTEGRRA, con independencia de que cumpla o no el inciso mencionado, es un CEE (condición que además el recurso no le niega), así que no cabe dudar de que su objeto social es coincidente con el fin primordial de EHLABE delimitado en los Estatutos, por lo que la adjudicación a INTEGRRA no puede considerarse como contraria a él. En este sentido, la 3/ 4 impugnación del acto con base en que INTEGRRA no es, además de un CEE, categoría que necesariamente conlleva la vocación social y la promoción del trabajo de las personas discapacitadas, de iniciativa social, no tiene otro interés que el de la restauración de la mera legalidad presuntamente infringida, título insuficiente para fundar la legitimación activa (ver, por ejemplo, las sentencias 60/1982 y 257/1988 del Tribunal Constitucional).

#### 1.1.3. La tiene una asociación que no tiene intención de licitar

##### Resolución 117159/2020

Respecto de la legitimación, el poder adjudicador considera que no la tiene *ad causam*, es decir, que no obtendría un beneficio tangible de la estimación del recurso, circunstancia que diferencia la legitimación para la interposición del recurso especial de la acción pública, que sí ampara la mera defensa de la legalidad. Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En el caso de las Asociaciones representativas de intereses colectivos que no han tomado parte en el procedimiento de adjudicación, la existencia de los derechos o intereses legítimos que constituyen la base de la legitimación activa debe verificarse mediante el contraste de los fines de la Entidad contenidos en sus Estatutos con la pretensión ejercida para determinar si el éxito de



esta última supondría la satisfacción de dichos fines. En el presente caso, queda claro que los fines de la asociación se corresponden con la pretensión, pues de estimarse el recurso interpuesto y la consecuente limitación en la titulación exigida para poder licitar, supondría un beneficio para los miembros de la asociación, en tanto que restringiría la posibilidad de presentar oferta a otros competidores que careciesen de dicha titulación.

#### 1.1.4. 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.



### Resolución 220/2019

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

- 1.1.5. 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.

- 1.1.6. La tiene un sindicato para impugnar la externalización de un servicio por considerar que incumple los acuerdos de negociación colectiva

#### Resolución 87/2019

Por lo que se refiere a la legitimación activa, es aplicable la doctrina asentada por este Órgano en sus Resoluciones 24, 29 y 45/2017, confirmadas por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2018, número 230/2018 (en adelante, “sentencia 230/2018”) y referidas a recursos en los que los motivos impugnatorios aducidos eran muy similares a los expuestos ahora; en ellas se admitió la legitimación sindical con los siguientes argumentos:

- la recurrente basa su legitimación para la interposición del recurso en su interés en el cumplimiento de los acuerdos que se derivan de la negociación colectiva cuyo contenido se opone al de los pliegos impugnados y, en general, en la defensa de los intereses de los trabajadores, perjudicados por la externalización que el contrato impugnado supone.
- en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia 448/2015 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO, se señala que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses laborales y económicos



de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible.

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

1.1.7. Carece de ella el sindicato que únicamente impugna la división en lotes

#### Resolución 005/2019

(...) los criterios empleados por el poder adjudicador para configurar los lotes del contrato pueden afectar a los operadores económicos interesados en la licitación, que verían restringido su acceso al procedimiento o disminuidas sus posibilidades de resultar adjudicatarios según se haya optado por una u otra forma de división, pero no se alcanza a ver qué relación tienen con los intereses que el recurrente defiende. De hecho, los argumentos utilizados en el recurso se refieren a aspectos como la contradicción con contratos anteriores para el mismo servicio o el perjuicio que supone para las empresas y para la gestión eficiente del servicio la falta de rentabilidad de las adjudicaciones separadas, cuestiones ajenas a los intereses de ESK. El único engarce de esta impugnación con los intereses de los trabajadores que se alega es la manifestación de que el diseño de la prestación “no sólo tiene impacto en la cuenta final de las empresas, sino que directamente afecta a las condiciones de la plantilla”, pues “si una empresa no obtiene resultados económicos positivos, la plantilla se va a ver afectada”. En este sentido, el artículo 48 de la LCSP otorga legitimación a las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse que implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación; dicha legitimación depende de que la relación ente el acto impugnado y el incumplimiento sea deducible “fundadamente”. Sin embargo, la conexión en la que se



basa el recurso es genérica, remota y meramente hipotética, y darla por buena sería tanto como entender que el artículo 48 de la LCSP habilita a los sindicatos para recurrir cualquier cláusula contractual que, a su juicio, limite la rentabilidad de los contratos, lo que es manifiestamente absurdo. Téngase en cuenta que el resultado económico final de un contrato está sujeto a múltiples vicisitudes, muchas de las cuales ni siquiera dependen de su clausulado o configuración (la eficiencia de la estructura de la empresa, la evolución de los precios cobrados por los proveedores, etc.) y que, en todo caso, el contratista debe asumirlo en virtud del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), sin que sea misión de la Administración garantizarle un beneficio mínimo o la inexistencia de pérdidas (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2015 del OARC / KEAO).

1.1.8. No la tiene el sindicato que impugna el criterio de adjudicación “Proyecto técnico”

#### Resolución 173/2019

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



1.1.9. Carece de ella el trabajador temporal que alega que no le beneficia la externalización del servicio

#### Resolución 023/2019

Como viene señalando este OARC / KEAO (ver, por todas, la Resolución 45/2017, referida a un caso similar al que ahora se analiza), la legitimación activa requiere una conexión entre la pretensión del recurso y la satisfacción por el recurrente de derechos o intereses legítimos si dicha pretensión es estimada. En este caso, se solicita la revocación de los pliegos impugnados y que se ordene “a Osakidetza” actuar conforme al contenido del recurso. El recurrente invoca una normativa que, en síntesis, impediría la externalización de los servicios objeto del contrato e impondría el uso preferente de medios propios. La única mención que D.D.Z.P. hace a su legitimación activa la fundamenta en su condición de (...) trabajador temporal de Osakidetza en servicios similares a los que se pretenden externalizar, por lo que (...) el contenido del pliego de condiciones perjudica su derecho como trabajador. A juicio de este Órgano, esta alegación es insuficiente para considerar que existe legitimación activa, por lo que el recurso debe inadmitirse. En contra de lo que señala el recurso, el poder adjudicador que requiere la prestación y tramita el procedimiento de adjudicación no es Osakidetza, sino la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (ver, por ejemplo, el apartado 19.1 de las Cláusulas Específicas del Contrato). Por lo tanto, no hay un beneficio directo tangible que el recurrente pueda obtener de la cancelación de la licitación y la consiguiente internalización del servicio, ya que los medios personales propios que se utilizarían serían, en principio, los adscritos al Departamento de Salud, y no los de Osakidetza en los que se integra D.D.Z.P., siendo además muy remota la posibilidad de que la prestación pudiera atribuirse a empleados temporales (con menores posibilidades de movilidad funcional) de otra Administración. Por otro lado, no es objeto del acto impugnado reordenar las categorías profesionales de Osakidetza o del Sistema Sanitario Vasco, ni modificar el puesto de trabajo del recurrente (que por cierto, éste no identifica). Consecuentemente, no se considera que se haya acreditado una legitimación suficiente para interponer un recurso especial en materia de contratación, por lo que el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 b) de la LCSP.



1.1.10. Carece de ella quien no discute la posición del adjudicatario ni aspira a ella

#### Resolución 004/2019

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

1.1.11. Carece de ella el licitador que no recurre todas las ofertas mejor clasificadas que la suya

#### Resolución 100/2020

En lo que respecta al lote 2, este Órgano considera que el recurrente carece de legitimación para interponer el recurso, pues siendo la pretensión del recurso únicamente la exclusión de las ofertas que a su juicio fueron indebidamente admitidas, se da la circunstancia de que la proposición de la recurrente es la tercera en el orden de clasificación elaborado después de la aplicación de los criterios de adjudicación (artículo 150.1 de la LCSP), teniendo por delante a la empresa FULCRUM cuya inadmisión no se reclama, por lo que de la hipotética estimación de la pretensión no se derivaría el beneficio tangible que sustenta la legitimación activa para la interposición del recurso, requisito para su interposición según el artículo 48 de la



LCSP, lo que conlleva a la inadmisión del recurso. Sin embargo, respecto del lote 3 este ÓARC/KEAO considera que sí tiene legitimación activa la recurrente, pues la estimación de su pretensión le permitiría ser la adjudicataria del contrato, por lo que el recurso debe ser admitido únicamente respecto del lote 3.

1.1.12. La tiene el licitador que recurre todas las ofertas que le anteceden en el orden de clasificación

#### Resolución 015/2019

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

1.1.13. Carece de ella el licitador que pide la exclusión de quien está peor clasificado

#### Resolución 120/2020

Por lo que se refiere a la legitimación, debe observarse que la impugnación incluye en su pretensión la exclusión de la oferta de SETEX, clasificada por detrás de la recurrente en el listado al que se refiere el artículo 150.1 de la LCSP. Es doctrina reiterada de este Órgano que, en este caso, de la estimación de la pretensión no se obtiene el beneficio, ventaja o utilidad jurídica diferente de la mera satisfacción moral que caracteriza la legitimación activa para interponer el recurso especial (ver, por ejemplo, las Resoluciones 33/2018 y 89 y 90/2020 del OARC / KEAO); consecuentemente, la presente resolución no se referirá al contenido del recurso que alude a la proposición de SENTEX.



1.1.14. No cabe basar la falta de legitimación en una posible falta de aptitud para contratar de la recurrente

Resolución 120/2020

Por otro lado, EYSA y el poder adjudicador alegan la falta de legitimación del recurrente porque no habría cumplido con una de las obligaciones esenciales del contrato establecida en el artículo 1.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), implantar los cambios previstos en los pliegos en un plazo máximo de 4 meses a partir de la comunicación de adjudicación; por ello, su oferta debería haber sido excluida de la licitación (o excluirse en una posible retroacción de actuaciones) y no habría legitimación porque en ningún caso podría obtenerse la adjudicación del contrato. Esta alegación no es aceptable; como ya ha señalado anteriormente este OARC / KEAO (ver sus resoluciones 43/2014 y 92 y 120/2016), es contrario a la normativa de la UE en materia de recursos sobre contratación pública la denegación a un licitador del acceso a los procedimientos de recurso para impugnar la legalidad de la decisión del poder adjudicador de no considerar que su oferta como la más ventajosa con el argumento de que esta oferta tuvo que haber sido descartada previamente por dicha entidad por otras razones y que, por ello, el recurrente no está perjudicado por la ilegalidad que alega (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19/6/2003, asunto C-249/01, ECLI:EU:C:2003:359).

1.1.15. Carece de ella el licitador que impugna la adjudicación pero no su exclusión

Resolución 186/2019

La pretensión de la recurrente es que se declare “la nulidad de los actos administrativos por haber generado indefensión al no estar correctamente notificados y no haber plazo de alegaciones con acuerdo de exclusión”. El alegante estima que el recurso es inadmisibles por falta de legitimación activa; afirma que, dado que el recurrente fue excluido y que su impugnación no opone ningún argumento contra dicha exclusión, admite la corrección de este acto, lo que supone el reconocimiento simultáneo de su falta de interés en el resultado final del procedimiento de adjudicación, que ya no le afectaría en ningún



caso. A juicio de este Órgano, la citada alegación es acertada y el recurso debe inadmitirse al amparo del artículo 55 b) de la LCSP por las siguientes razones:

- 1) El licitador fue excluido por el Jurado (acta de la reunión del día 25 de junio de 2018); no consta que dicha exclusión le fuera notificada en debida forma. No obstante, la adjudicación impugnada sí cita como fundamento la literalidad del acta en la que se formula la correspondiente propuesta, y en ella se incluye el motivo de la exclusión (incluir en la oferta técnica los nombres de los miembros del equipo redactor, infringiendo el anonimato propio de los concursos de proyectos).
  
- 2) Frente al acto impugnado, el recurrente argumenta diversas deficiencias procedimentales que, como bien señala el poder adjudicador, son irrelevantes por no ser esenciales (artículo 48.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), relativas a los plazos de resolución del procedimiento y a la publicación de la información sobre el desarrollo del concurso en el “portal web del concurso”, pero apenas discute la legalidad de la causa de su exclusión, a pesar de que está claramente expuesta en el acto impugnado. En este sentido, la alegación de que la falta de un “plazo de alegaciones” contra la exclusión le ha provocado indefensión es un argumento puramente retórico y formalista, pues nada le impide ahora formular cuantos motivos materiales de oposición a la exclusión estime oportunos; tales motivos podrían haber sido valorados por este Órgano que, en su caso, podría haberlos estimado, con la consecuente anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones (o cancelación del procedimiento si esto último no es posible; ver por ejemplo la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).
  
- 3) El hecho de que el recurrente no ponga en duda de modo efectivo la legalidad de su exclusión (a pesar de conocer todos los elementos para poder hacerlo) indica que no hay en la impugnación el interés tangible real que caracteriza la legitimación activa, pues carece de ella el licitador que no se opone a su exclusión o que, como en este supuesto, se opone a ella de un modo meramente formal (ver, por ejemplo, sensu contrario, la Resolución 69/2019 del OARC / KEAO).



1.1.16. No la tiene quien no participa en el procedimiento de adjudicación por carecer de los requisitos subjetivos e impugna la adjudicación

#### Resolución 193/2019

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

- 1.- Este OARC/KEAO ha admitido la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación del procedimiento (ver, entre otras, la Resolución 2/2017) cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible la convocatoria de una nueva licitación a la que pueda presentar una oferta, siempre que dicha exclusión no sea firme. Esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.
  
- 2.- Debe recordarse que dicha doctrina trae causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-355/15, EU:C:2016:988, que en su apartado 34 señala que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada. Ahora bien, este Órgano entiende que la argumentación de CUSTAR no queda amparada por dicha doctrina, pues no es un licitador excluido de la licitación, ya que no ha participado en ella al carecer de la condición de



centro especial de iniciativa social, ni goza de perspectiva de obtener el contrato por no pertenecer a la tipología de operadores económicos que puedan participar en su licitación y adjudicación.

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

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



1.1.17. Carece de ella el licitador que impugna ofertas peor clasificadas que la suya

#### Resolución 090/2020

Tanto el poder adjudicador como la UTE alegan que el recurso debe ser inadmitido por falta de legitimación activa de EYSA. A juicio de este Órgano, dicha alegación debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) El recurrente es el adjudicatario del contrato impugnado, y las ofertas cuya exclusión se solicita quedaron en peor posición en el listado al que se refiere el artículo 150.1 de la LCSP.
- 2) Como ya ha señalado este Órgano (ver sus Resoluciones 33/2018 y 89/2020), en este caso, la hipotética aceptación de la pretensión en nada mejoraría la posición jurídica del recurrente, que ya ostenta la mejor situación que puede disfrutar un licitador, la de adjudicatario, por lo que no existe el beneficio tangible distinto de la mera satisfacción moral que caracteriza a la legitimación.
- 3) Debe añadirse que la inadmisión no causa ninguna indefensión efectiva al recurrente. Consta que una de las empresas cuya exclusión se pide ya ha interpuesto ante este OARC / KEAO el recurso especial EB 2020/76, solicitando la anulación de la adjudicación a favor de EYSA y la exclusión de su oferta. En su condición de interesado en este procedimiento, EYSA puede formular las alegaciones que tenga por oportunas (artículo 56.3 de la LCSP). Además, si la resolución del recurso diera lugar a una nueva adjudicación en favor de otro licitador, tendría la opción de interponer contra ella un recurso especial. Este Órgano ya ha establecido que la posibilidad de recurrir la admisión de las ofertas, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, no puede convertirse en la carga que para el adjudicatario supondría tener que impugnar preventivamente la admisión de todos los licitadores cuyas ofertas están peor clasificadas que la suya bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no podría presentar un recurso en una situación como la que ahora se analiza, en la que cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a



la exclusión de la oferta de los otros, pues ello sería una interpretación desmesurada y contraria a la Directiva de recursos 89/665 (ver las Resoluciones 2/2017 y 137/2017 del OARC / KEAO).

A la vista de lo anterior, el recurso debe inadmitirse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

1.1.18. Carece de ella quien impugna una adjudicación y no ha presentado oferta

#### Resolución 126/2020

En lo que respecta a la legitimación, la recurrente impugna la solvencia del adjudicatario de los tres lotes sin especificar cuál de ellos impugna. A este respecto, este OARC / KEAO ha manifestado que gozan de legitimación quienes ostentan un “interés legítimo”, lo que exige que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Por tanto, el interés legítimo no puede ser asimilado al del interés en la legalidad (ver la Resolución 13/2018 y la jurisprudencia que en ella se cita). Ello significa que gozan de legitimación quienes, de prosperar su recurso, pueden obtener un beneficio (ver, en este sentido la Resolución 92/2016). Esta circunstancia no concurre en el caso del lote 1, al que la recurrente no ha presentado oferta ni en el lote 3 en el que, en el orden de clasificación de ofertas, la recurrente se halla posicionada en tercer lugar figurando en segundo lugar, con mejor puntuación, la oferta de la empresa DOG SPIRIT, S.L., frente a la que no ha opuesto reparo alguno. En consecuencia, en ninguno de ambos lotes la recurrente, de prosperar el recurso planteado, obtendría beneficio alguno, por lo que el recurso debe ser inadmitido en lo concerniente al Lote 1 y Lote 3.



1.1.19. La tiene el operador económico que impugna los pliegos y no presenta oferta

Resolución 129/2020

El poder adjudicador cuestiona la legitimación de “DISEÑO INTERIORISMO INFORMATICA OFICINA S.A.”, ya que, al no haber presentado oferta, no habría probado la concurrencia de los concretos intereses legítimos que se verían afectados por el anuncio y pliegos impugnados. A juicio de este Órgano, dicha alegación no puede aceptarse porque la legitimación para impugnar las estipulaciones de los documentos contractuales (o su ausencia) que entienda ilegales viene dada por su condición de potencial licitador por ser una empresa del sector, según se desprende de su objeto social, sin que sea preciso que la recurrente demuestre, además, que dicha estipulación le causa un perjuicio concreto que la estimación del recurso remediaría (ver las Resoluciones 112/2016 y 175/2019 del OARC/KEAO).

1.1.20. La tiene quien impugna un procedimiento negociado sin publicidad

Resolución 083/2019

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



1.1.21. La tiene el operador económico que impugna una cláusula que le impide ser subcontratista del adjudicatario

#### Resolución 129/2019

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

1.1.22. Falta de conexión de la pretensión con los intereses de la recurrente

#### Resolución 83/2020

El informe del poder adjudicador entiende que el recurso es inadmisibile por falta de legitimación activa (artículo 55 b) de la LCSP). Esta alegación debe aceptarse por los motivos que se exponen a continuación:



- 1) De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, puede interponer recurso especial cualquier persona 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; dicho de otro modo, la legitimación se caracteriza por la ventaja tangible que para el recurrente supondría, en el caso de estimarse el recurso, la satisfacción de un derecho o interés legítimo distinto del mero cumplimiento de la legalidad (ver, por todas, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).
  
- 2) La pretensión es la anulación de la adjudicación del contrato y la declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación para la incoación de un nuevo expediente. El escrito de impugnación señala que la Asociación agrupa a la mayoría de propietarios del suelo urbano no consolidado que van a sufragar las obras cuya dirección facultativa es el objeto del contrato analizado; se afirma que los asociados han sido perjudicados por las decisiones del adjudicatario impugnado, el cual fue previamente contratado por la Asociación o Junta de Concertación de Suelo urbanizable (en adelante, "Asolarra"), que propició la aprobación de un proyecto único para el suelo urbano y para el urbanizable y que estaría afectado por la incompatibilidad recogida en el artículo 70.1 de la LCSP (participación en la preparación del contrato); dado que dicha Junta está interesada en que los propietarios del suelo urbano abonen el mayor porcentaje posible del coste de las obras, debe impedirse que el adjudicatario (previamente al servicio de Asolarra) fiscalice las obras del suelo urbano, que deberían revisarse por técnicos ajenos a ella.
  
- 3) En síntesis, el recurrente alega dos distintos conflictos de intereses para sustentar la impugnación; a juicio de este Órgano, ninguno de ellos acredita la conexión entre el interés invocado y la pretensión ejercida propia de la legitimación activa:
  - a) Por lo que se refiere a la supuesta incompatibilidad por la participación en la preparación del contrato del artículo 70.1 de la LCSP, se trata de una situación que, de existir, perjudicaría evidentemente los intereses de los demás licitadores, pues implicaría una quiebra de la igualdad de trato en el procedimiento en favor del adjudicatario impugnado; sin embargo, no se



percibe en qué se afectarían los intereses de la Asociación, que no participa en el procedimiento de adjudicación, más allá de la defensa de la mera legalidad.

- b) En cuanto a la alegación de que el adjudicatario, por sus circunstancias personales, no puede supervisar las obras con objetividad, debe recordarse que el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE considera un caso especial de falta de solvencia el del licitador afectado de un conflicto de intereses que le impide la correcta ejecución del contrato (ver la Resolución 21/2019 del OARC / KEAO). Sin embargo, el recurrente no explica de qué forma quien vaya a ejecutar el contrato de dirección facultativa, cuyo ámbito de actuación está constreñido por el proyecto de la obra y la documentación urbanística aplicable, puede perjudicar los intereses que defiende la Asociación. La afirmación de que, por el solo hecho de haber tenido una relación profesional previa con Asolarra se da dicha situación, la cual podría dañar los intereses de los propietarios del suelo urbano afectado, es genérica, hipotética y especulativa y, por lo tanto, insuficiente para acreditar la legitimación activa (ver, por ejemplo, la Resolución 24/2019 del OARC / KEAO).

- 4) Finalmente, es inconsecuente con el título legitimaste que se reivindica y, en general, con toda la argumentación del recurso, que la pretensión no se limite a solicitar que se anule la adjudicación al licitador que se reputa incurso en conflicto de intereses para sustituirlo por otro, sino que se requiera también la declaración de nulidad de todo el procedimiento, que es del todo innecesario para satisfacer el interés invocado.

- 1.1.23. La tiene el concejal para controlar la correcta ejecución del presupuesto municipal

#### Resolución 28/2020

Queda acreditada en el expediente la condición de concejales del Ayuntamiento de Zumarraga de los recurrentes y se observa que gozan de legitimación para interponer el recurso derivada de la condición de representantes electos que ostentan y que se



traduce en un interés concreto de controlar, en este caso concreto, la correcta ejecución del gasto presupuestario y la asunción de obligaciones por parte de la hacienda local.

1.1.24. Carece de ella el concejal que ha votado a favor del acuerdo impugnatorio

#### Resolución 05/2020

El informe del poder adjudicador entiende que el recurso debe inadmitirse por falta de legitimación activa. A juicio de este OARC / KEAO, esta alegación debe aceptarse. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, referido al procedimiento contencioso administrativo pero aplicable analógicamente al recurso especial, gozan de legitimación activa para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. Consta en el expediente que D.J.A.G.B. estuvo presente en la Junta de Gobierno local que aprobó por unanimidad los pliegos impugnados, incluyendo el voto favorable del recurrente. Aunque en el escrito de recurso se alega que el asunto se introdujo en la sesión fuera del orden del día por razones de urgencia, de modo que el expediente no era conocido por los asistentes, lo cierto es que consta también que D.J.A.G.B. no solo no se opuso a dicha introducción, sino que la votó favorablemente. Consecuentemente, el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

1.2 Plazo, forma y lugar de interposición.

1.2.1. Plazo 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.

### Resolución 148/2020

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

El artículo 51 de la LCSP en su tercer apartado, relativo al lugar de presentación del recurso, indica que

“3. El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible”.

Por su parte, el artículo 18 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, establece que



“El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlos. La reclamación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y las cuestiones de nulidad al amparo de la Ley citada solo podrán presentarse en el registro del órgano administrativo competente para resolverlas.

La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda.

No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia”.

En el presente caso, no consta que la recurrente haya comunicado la presentación del recurso especial a este OARC/KEAO en los términos indicados, por lo que no puede considerarse como fecha de presentación efectiva del recurso la efectuada en la oficina de Correos el 2 de noviembre, sino el 4 de noviembre, día en el que consta la entrada del recurso en el registro del OARC / KEAO. Dado que el acto recurrido fue publicado en el perfil del contratante en fecha 13 de octubre, según el cómputo previsto en el artículo 50.1 e) de la LCSP, el plazo de interposición finalizaba el día 3 de noviembre, por lo que el recurso es extemporáneo, lo que supone su inadmisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 d) de la LCSP.

En este sentido se ha pronunciado la Resolución 206/2019 de este Órgano, al señalar que “Este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido sus Resoluciones 1 y 82/2019) que, para que la fecha de presentación del escrito de recurso especial en las oficinas de correos cause efectos, el recurrente debe efectuar el trámite consistente en comunicar dicha presentación del recurso especial a este OARC/KEAO de manera inmediata y de la forma más rápida posible (en este sentido se pronuncian, asimismo, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en su Resolución 53/2019 y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 907/2018). En el recurso que nos ocupa no consta que se haya efectuado dicha comunicación (ni el recurrente la ha acreditado), por lo que no puede considerarse como fecha de presentación efectiva del recurso la efectuada en la oficina de Correos el 13 de noviembre, sino el 21



de noviembre, día en el que el que consta la presentación del recurso en el registro del OARC / KEAO. Dado que, según el cómputo previsto en el artículo 50.1 c) de la LCSP), el plazo de interposición finalizaba el día 14 de noviembre, el recurso es extemporáneo, lo que supone su inadmisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 d) de la LCSP”.

### 1.2.3. Plazo si las respuestas a las aclaraciones no contienen novedades

#### Resolución 160/2020

El poder adjudicador considera que el recurso no puede admitirse a trámite por haber sido presentado fuera de plazo. En particular, se alega que el anuncio de la licitación se publicó en la Plataforma de Contratación Pública de Euskadi, con indicación del modo de acceso a los pliegos, el 1 de julio de 2020, la misma fecha en la que se envió al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), en el que se publicó el día 6 de julio; dado que el recurso se interpuso el día 30 de julio, se ha superado el plazo establecido en las letras a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP, lo que implicaría que la impugnación es extemporánea y no debiera ser admitida a trámite. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre este motivo de inadmisión, distinguiendo en el recurso analizado dos tipos de aspectos de la documentación contractual:

- 1) En primer lugar, deben distinguirse las cuestiones referidas a contenidos que ya figuraban en los pliegos publicados y que no han visto afectado su contenido o alcance por las respuestas del Ayuntamiento a las consultas formuladas por los licitadores; ése es el caso de la no división del contrato en lotes sin justificación suficiente y los reproches a los criterios de adjudicación (precio y ampliación del plazo de garantía e inconcreción de los criterios sujetos a juicio de valor). En estos casos, las respuestas del poder adjudicador ni siquiera son verdaderos datos adicionales o aclaraciones o precisiones sobre el sentido de las estipulaciones contractuales, ámbito natural de la figura recogida en el artículo 138.3 de la LCSP, sino más bien la defensa o justificación de dichas cláusulas; en el mismo sentido, las consultas del recurrente no son auténticas solicitudes de aclaración o información, sino observaciones críticas sobre los pliegos sin intención impugnatoria. Consecuentemente, no hay en las respuestas del poder adjudicador novedad alguna respecto a los pliegos que



permita entender que el plazo de interposición del recurso deba computarse desde la publicación de dichas respuestas, lo que conlleva la extemporaneidad de los correspondientes motivos de recurso.

- 2) Por otro lado, las respuestas del poder adjudicador sí introducen aclaraciones referidas al contenido de los pliegos inicialmente publicados en lo que se refiere al desglose del Presupuesto Base de Licitación (en adelante, PBL) y a las fichas técnicas de los productos (apartado 15 del Pliego de Prescripciones Técnicas, PPT). En este sentido, este Órgano ya ha señalado que las respuestas a las solicitudes de aclaración a las que se refiere el segundo párrafo del artículo 138.3 de la LCSP, las cuales son documentos adicionales que pueden “...describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento”, están comprendidas en el amplio concepto de “pliego de contratación” del artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE. Consecuentemente, debe entenderse también que son actos impugnables incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial que delimita el artículo 44.2 a) de la LCSP; en particular, dicho recurso puede basarse, por ejemplo, en la alegación de que, bajo la cobertura formal de la aclaración, el órgano de contratación ha modificado los pliegos sin sujetarse al procedimiento previsto en los artículos 122 y 124 de la LCSP o, como sucede en este caso, en la estimación de que el poder adjudicador debió ampliar el plazo inicial de presentación de ofertas, como dispone el artículo 136.2 de la LCSP. Dado que las aclaraciones se publicaron en el perfil del contratante el 24 de julio de 2020, el recurso especial en materia de contratación, en todo lo que se refiere a ellas, ha sido interpuesto en el plazo legalmente establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP.
- 3) Consecuentemente, deben inadmitirse, de acuerdo con el artículo 55 d) de la LCSP, la impugnación de los apartados de los pliegos señalados en el apartado 1) de este Fundamento de Derecho, por lo que solo se tendrán en cuenta los motivos de recurso relativos a los aspectos señalados en el apartado 2) anterior.



#### 1.2.4. Plazo 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.



1.2.5. Plazo 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<sup>a</sup>, por lo que el plazo debe comenzar a computarse desde el día siguiente al de la recepción de la notificación, esto es, desde el 27 de abril.

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



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

#### 1.2.6. Cómputo del plazo de interposición y estado de alarma.

##### Resolución 86/2020

Debe examinarse si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal, dado que se trata de una cuestión de orden público procesal que ha de ser analizada por el OARC/KEAO para determinar la admisibilidad del mismo. A juicio de este Órgano, la impugnación es extemporánea por las siguientes razones:

#### 1) El artículo 50.1.b) de la LCSP señala textualmente que:

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

(...)

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

2) Consta que el 24 de febrero se publicó el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación en la Comunidad Autónoma de Euskadi, incluyendo el acceso a los pliegos, y que el 26 de febrero se publicó el correspondiente anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE); consecuentemente, el 27 de



febrero se inició el cómputo del plazo de interposición del recurso contra los pliegos (ver las Resoluciones 33 y 135/2019 del OARC / KEAO). Debe señalarse que, aunque existe una publicación posterior de 20 de mayo en la Plataforma (25 de mayo en el DOUE), se trata de una modificación del anuncio original que no afecta a las cláusulas de los pliegos impugnadas por el recurrente, sino tan solo a la forma y plazo de presentación de las ofertas.

- 3) El cómputo del plazo de interposición del recurso fue interrumpido por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- 4) La suspensión se alzó en virtud del artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, con efectos del día 1 de junio de 2020, fecha en la que se inicia el cómputo íntegro del plazo de interposición del recurso especial, en los términos previstos en el apartado 1 de la Disposición adicional octava del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Esta regla afecta al plazo para la interposición de la impugnación analizada, cuya suspensión, operada por el Real Decreto 463/2020, no se había levantado anteriormente por no tratarse de un procedimiento de adjudicación referido a una situación estrechamente vinculada a los hechos justificativos del estado de alarma, o indispensable para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios (apartado 4 de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 y apartado 3 de la Disposición adicional octava del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID – 19), ni tramitado electrónicamente (Disposición adicional octava del Real Decreto Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID – 2019).
- 5) A la vista de todo ello, y dado que el recurso se presentó en el registro del órgano de contratación el día 22 de junio, la interposición es extemporánea por



transcurso del plazo de quince días hábiles desde la fecha en la que se inicia el cómputo del plazo de interposición del recurso (1 de junio de 2020).

#### Resolución 124/2020

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. Como consta en los folios con número 200 a 204 del expediente administrativo en fecha 6 de marzo de 2020 se notificó a la recurrente el Decreto 466/2020 de 4 de marzo de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Erandio de adjudicación del contrato de referencia. El cómputo del plazo de interposición del recurso fue interrumpido por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que, según su Disposición final tercera, entró en vigor el mismo día de su publicación (BOE núm. 67 de 14 de marzo de 2020) y este OARC / KEAO considera que dicho plazo se inicia íntegramente el 1 junio de 2020 (artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo), habida cuenta de que en el expediente remitido no consta que la tramitación se haya realizado por medios electrónicos en la forma señalada en la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP. En concreto, la notificación de la adjudicación se ha efectuado por medio de un mero correo electrónico y no mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica (ver, en este sentido, la Resolución 54/2019 del OARC / KEAO).

#### 1.2.7. Levantamiento de la suspensión de los plazos del Real Decreto-ley 17/2020

#### Resolución 109/2020

La recurrente pretende la nulidad del lote 5 del contrato por considerar que su configuración le impide presentar una oferta. Antes del estudio de los motivos de fondo aducidos debe examinarse si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal, dado que se trata de una cuestión de orden público procesal que ha de ser analizada por el OARC/KEAO para determinar la admisibilidad del mismo. A juicio de este Órgano, la impugnación es extemporánea por las siguientes razones:

6) El artículo 50.1.b) de la LCSP señala textualmente que:



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

(...)

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

- 7) En contra de lo alegado por la recurrente, en el anuncio para la adjudicación del contrato que nos ocupa publicado en la Plataforma de Contratación de la Comunidad Autónoma de Euskadi consta en el apartado de “Sello de tiempo”, subapartado “[Ver Trazabilidad del anuncio y publicaciones históricas](#)”, que el inicio de la difusión pública de la información para la licitación del contrato es la siguiente: “Fecha de la primera publicación del documento: 13/03/2020 09:13:43”. Asimismo, consta que el acceso al PCAP y al Pliego de Prescripciones técnicas (en adelante, PPT) se efectúa por medios electrónicos y, si bien la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) que consta en la plataforma de contratación, no así en el perfil de contratante de OSAKIDETZA, es errónea, se constata que la publicación en el citado Diario Oficial se efectuó el 13 de marzo de 2020<sup>2</sup>.
- 8) El cómputo del plazo de interposición del recurso fue interrumpido por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que, según su Disposición final tercera, entró en vigor el mismo día de su publicación (BOE núm. 67 de 14 de marzo de 2020).
- 9) En relación con determinados procedimientos de adjudicación y la interposición y tramitación de los recursos especiales interpuestos contra las decisiones de dichos contratos, la Disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de

---

<sup>2</sup> <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:123081-2020:TEXT:ES:HTML&src=0>



carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, titulada “Continuación e inicio de los procedimientos de contratación celebrados por entidades del Sector Público durante la vigencia del estado de alarma”, dispuso lo siguiente:

A los efectos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior permitirá igualmente el inicio de nuevos procedimientos de contratación cuya tramitación se lleve a cabo también por medios electrónicos.

Esta medida se extenderá a los recursos especiales que procedan en ambos casos.

Al respecto de lo previsto en esta Disposición adicional octava, el OARC / KEAO, en la nota explicativa que a la fecha de resolución del presente recurso sigue publicada en su página web<sup>3</sup>, consideró que sus consecuencias sobre el plazo de interposición del recurso especial y su tramitación son las siguientes:

1) Plazo de interposición del recurso especial

1 a) Ámbito objetivo

El precepto se refiere exclusivamente a los recursos especiales contra actos impugnables incluidos en procedimientos de contratación que cumplan los dos requisitos siguientes:

- a) Que su tramitación se realice por medios electrónicos y
- b) Que no estén amparados, a fecha 7 de mayo, en el apartado 4 de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara

---

<sup>3</sup>[https://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/kpecpe\\_oarc\\_info/es\\_def/adjuntos/NOTA-DEL-OARC-3.pdf](https://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/kpecpe_oarc_info/es_def/adjuntos/NOTA-DEL-OARC-3.pdf)



el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 para acordar su continuación, o que se inicien a partir del 7 de mayo.

El plazo de interposición de los recursos especiales contra actos impugnables incluidos en procedimientos de contratación que no satisfagan ambos requisitos sigue rigiéndose por la legislación expuesta en la Nota de 23 de abril del OARC / KEAO.

#### 1 b) Cómputo del plazo

El plazo de interposición del recurso especial se rige por lo dispuesto en el artículo 50 de la LCSP. No obstante, para los actos impugnables publicados, notificados o de los que se haya tenido conocimiento antes del 6 de mayo y cuyo plazo de interposición no haya transcurrido ya en su totalidad, el cómputo se inicia íntegramente el 7 de mayo (fecha de entrada en vigor del RDL 17/2020).

#### 2) Procedimiento de resolución del recurso especial

El OARC / KEAO tramitará los procedimientos para la resolución de los recursos especiales contra actos impugnables que cumplan los dos requisitos señalados en el punto 1 a) anterior de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 LCSP y demás normativa generalmente aplicable.

10) Tratándose de un contrato publicado el 13 de marzo de 2020 y tramitado electrónicamente (apartado 20.5 de las Cláusulas específicas del PCAP), el levantamiento de la suspensión se efectúa el día 7 de mayo de 2020, fecha de inicio del cómputo íntegro del plazo de interposición del recurso especial contra los pliegos (ver las Resoluciones 33 y 135/2019 del OARC / KEAO). Debe señalarse que, aunque existe una publicación posterior de 15 de mayo en la Plataforma (14 de mayo en el DOUE<sup>4</sup>), se trata de una modificación del anuncio original que no afecta a las cláusulas del lote 5 impugnado por la recurrente, sino tan solo al plazo y lugar de presentación de las ofertas.

11) En contra de lo alegado por el adjudicatario, el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos a los que se refiere el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo se efectúa “ope legis”. Téngase en cuenta que la Disposición adicional octava indica que el citado levantamiento se realiza “desde

---

<sup>4</sup><https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:224450-2020:TEXT:ES:HTML&src=0>



la entrada en vigor del presente real decreto-ley” y que, en lo concerniente al recurso especial, los plazos de interposición se configuran como normas de orden público procesal que tienen por finalidad aplicar el principio de seguridad jurídica, por lo que no puede quedar el inicio del plazo para su interposición al arbitrio de alguna de las partes.

12) A la vista de todo ello, y dado que el recurso se presentó en el registro del OARC / KEAO el día 5 de junio, la interposición es extemporánea por transcurso del plazo de quince días hábiles desde la fecha en la que se inicia el cómputo del plazo de interposición del recurso (7 de mayo de 2020).

1.2.8. La notificación ha de efectuarse conforme a la LCSP y los pliegos no pueden disponer válidamente de ello

#### Resolución 054/2019

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



constancia de su recepción por el destinatario (...), dado que los pliegos no pueden disponer válidamente sobre cuestiones procedimentales como el sistema de cómputo de los plazos de impugnación. Consecuentemente, el recurso debe considerarse interpuesto en plazo cualquiera que sea el momento en el que se interponga.

1.2.9. Preclusividad del plazo respecto de unas cláusulas que pudieron impugnarse en el recurso contra unos pliegos anteriores con el mismo objeto.

### 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.

1.2.10. Plazo 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.

1.2.11. 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.

#### 1.2.12. Calendario de días inhábiles si presentación electrónica del recurso ante OARC

##### Resolución 25/2019

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

Consecuentemente, desde el día 13 de diciembre de 2018 era posible descargarse desde el perfil de contratante la información relevante del contrato como, por ejemplo, el Pliego de Cláusulas Particulares, el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como el Documento Europeo Único de Contratación, por lo que el recurrente pudo desde esa fecha impugnar el contenido de los pliegos que considerase oportuno. Por otro lado, si bien es cierto que con posterioridad a dicha fecha se ha publicado información adicional en la propia plataforma, así como una corrección de errores, en ningún caso han afectado al clausulado objeto del recurso. Por todo ello, este Órgano entiende que el primer día del cómputo del plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso



al que se refiere el artículo 50.1 b) de la LCSP es el 14 de diciembre, que es el siguiente al de la publicación en el perfil del anuncio del contrato, siendo el día final de presentación el 7 de enero de 2018 por ser inhábiles, además de los sábados y domingos (art. 30.2 LPAC), los días 25 de diciembre de 2018 y 1 de enero de 2019 (según el calendario de la sede electrónica de la CAE); consecuentemente, la presentación del recurso el día 8 de enero es extemporánea y supone su inadmisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.d) de la LCSP.

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

#### Resolución 113/2019

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

#### 1.2.13. Inicio del cómputo del plazo si publicación en el DOUE

#### Resolución 033/2019

El poder adjudicador considera extemporáneo el recurso presentado por IBERDROLA dado que, a su parecer, el plazo para la interposición del recurso debe comenzar



desde el día siguiente a la publicación de los pliegos en el perfil del contratante (en este caso, el 20 de noviembre) y no desde el siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 23 de noviembre, como pretende la recurrente. Esta alegación del poder adjudicador no puede aceptarse. Debe tenerse en cuenta que, en el procedimiento de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (como el impugnado) es requisito previo ineludible la publicación del anuncio de la licitación en el DOUE bajo pena de nulidad de pleno derecho (artículo 39.2 c) de la LCSP), y tanto la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 52.1, como la LCSP en su artículo 135.3, señalan que dicha publicación debe preceder a la publicidad nacional, incluida la del perfil del contratante. La finalidad de esta obligación es garantizar que todos los operadores económicos que pueden estar interesados en presentar una oferta o, en su caso, en impugnar las bases de la licitación, disfruten para ello de los mismos plazos, sin que quepa discriminación al respecto por razón geográfica o de nacionalidad. En este sentido, no se comparte la alegación del poder adjudicador, que entiende el artículo 135.3 de la LCSP en el sentido de que alude exclusivamente a los contratos de concesión de servicios del anexo IV; por el contrario, de la literalidad del precepto, del contenido de la Disposición Adicional 36ª y de la necesidad de ajustar la interpretación de la norma nacional al Derecho de la Unión Europea que ésta incorpora (el citado artículo 52.1 de la Directiva 2014/24) se deduce que se refiere, tanto a todos los anuncios de licitación, como a los anuncios de información previa a que se refiere la mencionada Disposición (los cuales sí se refieren exclusivamente a los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV). En consecuencia, en los supuestos de publicidad preceptiva en el DOUE, el cómputo del plazo de quince días hábiles al que se refiere el artículo 50.1 b) de la LCSP no puede iniciarse antes de que se haya producido dicha publicación o, en su caso, se haya dado el supuesto de que el órgano de contratación no haya recibido en 48 horas la confirmación del envío del anuncio, lo que no consta en este caso ni se alega por el poder adjudicador. En conclusión, habiéndose publicado el anuncio de licitación en el DOUE el 23 de noviembre, el plazo de los 15 días hábiles comienza el día siguiente hábil, el 26 de noviembre, por lo que la presentación en el registro de este Órgano el 17 de diciembre es temporánea y el recurso debe admitirse a trámite.



## Resolución 050/2019

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

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

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

(...)

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

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

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



1.2.14. No se puede exigir del adjudicatario una impugnación preventiva de las ofertas admitidas so pena de preclusión del plazo

#### Resolución 043/2019

No cabe aceptar la alegación de METRO BILBAO, que entiende que el recurso es extemporáneo porque se refiere a la indebida admisión de la proposición de CARYOSA (luego adjudicatario impugnado), supuesta irregularidad que ya fue conocida el 27 o 28 de noviembre y que no se impugnó en plazo. Como ya ha señalado este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, su Resolución 137/2017), la jurisprudencia del TJUE que inspira el artículo 44.2 b) de la LCSP (sentencia de 5 de abril de 2017, “Marina del Mediterráneo”, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), que considera acto impugnabile la admisión de las ofertas de los licitadores, se basa en garantizar el efecto útil de los derechos que la Directiva 89/665, que regula los recursos en materia de contratación pública, concede a los operadores económicos perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores (ver, en especial, el apartado 33 de la sentencia citada). Esta finalidad no se cumpliría si la ampliación del ámbito de los actos recurribles, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, se convirtiera en la carga que para el adjudicatario supondría tener que impugnar preventivamente la admisión de las proposiciones de todos los demás licitadores bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no podría presentar un recurso contra una de dichas ofertas si luego resulta ser la del adjudicatario, pues ello sería una interpretación desmesurada y contraria a la Directiva de recursos. Por otro lado, el argumento de METRO BILBAO es contradictorio con el hecho de que no conste en el expediente que la admisión se notificara de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, incluyendo el ofrecimiento de la vía de recurso correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 78/2018 del OARC / KEAO).



### 1.2.15. Si lugar de presentación diferente al del registro del OARC

#### Resolución 082/2019

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

### 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 cabe recurso especial contra una resolución del OARC

#### Resolución 001/2019

El recurrente plantea un recurso contra la Resolución 166/2018, de 23 de noviembre, de este OARC/KEAO que inadmite por extemporáneo el recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento y adecuación del alumbrado público y de los equipos de regulación del tráfico del municipio de Santurtzi”. Según el artículo 59.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), contra las resoluciones dictadas en el procedimiento de recurso especial sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; de acuerdo con el artículo 59.3 de la LCSP, tampoco cabe la revisión de oficio. Consecuentemente, no es posible admitir la tramitación del recurso especial que nos ocupa, ya que el tenor literal de los citados preceptos es claro y taxativo, y la exclusión que contiene comprende tanto los recursos



administrativos ordinarios y extraordinarios, como cualquier forma de revisión de oficio (ver, en este sentido, la Resolución 183/2018, de 18 de diciembre, de este OARC/KEAO).

### 1.3.3. No es acto recurrible 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.

### 1.3.4. No es acto recurrible el requerimiento de la Mesa de contratación 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.

#### 1.3.5. No es acto recurrible el requerimiento de subsanación

##### Resolución 205/2019

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



### 1.3.6. No es acto recurrible la declaración de oferta más ventajosa

#### Resolución 019/2019

A juicio de este OARC / KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a declarar la oferta más ventajosa en cada uno de los lotes en que se divide el Acuerdo Marco, por lo que nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido.

### 1.3.7. No es acto recurrible la negativa a la solicitud del contratista de modificar el contrato

#### Resolución 20/2019

El recurso debe ser inadmitido. El recurrente alega que el incremento del salario mínimo interprofesional para el año 2019 ha alterado de forma imprevisible y sobrevenida las condiciones económicas en las que se basó la adjudicación del contrato por lo que, a través del recurso especial en materia de contratación, insta una modificación no prevista del contrato con el fin de que su ejecución no le sea antieconómica. Esta supuesta falta de actividad del poder adjudicador no cabe ser subsumida en ninguna de las actuaciones susceptibles de recurso especial que se



citan en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En especial, no se impugna un acuerdo de modificación que debió ser objeto de una nueva adjudicación (art. 44.2.d) LCSP), única actuación al margen del rescate de las concesiones que es recurrible en la fase de ejecución del contrato sino que, por el contrario, se pretende que el poder adjudicador modifique los términos del contrato. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido.

#### 1.3.8. No es acto recurrible el acuerdo de iniciar la resolución de un contrato

##### Resolución 26/2019

A juicio de este OARC / KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 J0D0Z-T1G0N-G0VP en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador> La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzaillea> Nahi izanez gero, J0D0Z-T1G0N-G0VP bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den (en adelante, LCSP). En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a iniciar el expediente de resolución de un contrato de obra por incumplimiento culpable del contratista por demora en el cumplimiento de los plazos. Se trata, por tanto, de un contrato ya adjudicado y formalizado, por lo que el acto impugnado corresponde a la fase de ejecución, fase en la que el OARC/KEAO únicamente tiene competencia para considerar la legalidad de ciertas modificaciones que pudieran acordarse o los acuerdos de rescate de las concesiones. En definitiva, este Órgano no es competente



para considerar la legalidad del contenido de la resolución de la Alcaldía por no hallarse comprendido en el amplio campo de las actuaciones recurribles.

### 1.3.9. No es acto recurrible la propuesta de adjudicación de un contrato

#### Resolución 100/2019

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

La decisión recurrida ha sido adoptada por la Mesa de contratación en su función de asistencia al Órgano de contratación (art. 326.1 LCSP) y no es una actuación que, por sí misma, sea susceptible de causar perjuicio alguno a los licitadores. De hecho, no consta que en el procedimiento que nos ocupa se haya adoptado la decisión que confirma la propuesta recurrida o que se aparta de ella. Por otro lado (aunque de un modo confuso), el escrito dice oponerse a los criterios de adjudicación señalados en los pliegos. Ello supondría la impugnación de las irregularidades de las bases de la licitación una vez finalizado el plazo establecido para ello en el artículo 50.1 b) de la



LCSP); se trataría del llamado recurso indirecto, cuyo efecto más característico es, cuando se dan ciertas circunstancias, permitir que dicha impugnación pueda producirse en el plazo para recurrir un acto sujeto al recurso especial fundado en la estipulación indirectamente recurrida (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2019 del OARC / KEAO). Dado que, como ya se ha expuesto, en este caso no existe tal acto, ni la exclusión de QUINCOCAN, ni el Acta de la Mesa le supone perjuicio alguno, no cabe admitir esta pretensión.

1.3.10. No es acto recurrible la comunicación para el abono de una penalización

#### Resolución 149/2019

A juicio de este OARC / KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En claro que no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni que determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Tampoco se trata de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación; de hecho, el acto impugnado establece en un apartado que se recabe al siguiente licitador clasificado en el listado del artículo 150.1 de la LCSP la documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, trámite previo a la adjudicación del contrato en su favor, sin que ello sea merecedor de reproche alguno por el recurrente. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a imponer una penalidad por retirada injustificada de la oferta, si bien es cierto que ofrece como vía de impugnación el recurso especial. En este sentido, la Resolución 097/2018 del OARC/KEAO confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12/6/2019, nº 166/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:2011, consideró que el acto materialmente impugnado (la incautación de la garantía, supuesto similar al ahora analizado) no podía ser objeto de recurso especial por exceder de su ámbito de actuación y, por tanto, deberá ser resuelta conforme a lo establecido en el artículo 44.6 de la LCSP que dispone que Los actos que se dicten en los



procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

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

#### 1.3.11. 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.

#### 1.3.12. Es impugnabile la decisión de desistir del contrato

##### Resolución 104/2019

El acto recurrido es la Resolución de 27 de marzo de 2019 por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación, que no figura expresamente en el listado del artículo 44.2 de la LCSP de actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial, al igual que tampoco lo estaba en el derogado TRLCSP, por lo que lo que resulta de aplicación lo manifestado a este respecto por este órgano con anterioridad. Así, en su Resolución 031/2017 este OARC/KEAO ya manifestó la posibilidad de que una decisión de esta índole pudiera ser objeto de recurso especial «(...) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino



a todos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (STJ de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).

Consecuentemente, la decisión impugnada es susceptible de recurso especial

1.3.13. Es impugnable el nombramiento de los miembros del comité de expertos

#### Resolución 108/2019

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



Comité). Consecuentemente, el contenido de dicha especificación podrá ser objeto de impugnación como lo puede ser el resto de las estipulaciones de los pliegos por lo que, por identidad de razón, carecería de sentido que las decisiones sobre la composición del Comité no fueran igualmente recurribles, aunque la LCSP no pida expresamente que se incluyan en los pliegos.

#### 1.3.14. Es impugnable la decisión de contratar

##### Resolución 212/2019

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

#### 1.3.15. Son impugnables las aclaraciones del poder adjudicador

##### Resolución 173/2020

El artículo 44.2. a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.» La parte recurrente impugna una aclaración del poder adjudicador sobre el alcance de un apartado de los pliegos que rigen la licitación, previa consulta



de un operador económico interesado. Este Órgano ya ha señalado anteriormente (ver, por todas, su Resolución 160/2020) que las respuestas a las solicitudes de aclaración reguladas en el segundo párrafo del artículo 138.3 de la LCSP son documentos adicionales que pueden “...describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento”, por lo que están comprendidas en el amplio concepto de “pliego de contratación” del artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE. Consecuentemente, debe entenderse también que son actos impugnables incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial que delimita el artículo 44.2 a) de la LCSP; en particular, dicho recurso puede basarse, por ejemplo, en la alegación de que, bajo la cobertura formal de la aclaración, el órgano de contratación ha modificado los pliegos sin sujetarse al procedimiento previsto en los artículos 122 y 124 de la LCSP o, como sucede en este caso, en el argumento de que la aclaración ofrece una interpretación de la cláusula aclarada contraria a la legislación aplicable.

#### 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



tendientes 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 urbanística<sup>5</sup> (ver los apartados 67 y 69 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168). Llegados a este punto, no se observa que el objeto del contrato pueda considerarse un contrato público de obra. Así, aunque la cláusula vigesimoprimera del PCAP establece la obligación de entrega al poder adjudicador de un local construido conforme a ciertas características por él definidas, el artículo 18.2 a) de la LCSP impide la aplicación de la legislación contractual al procedimiento de adjudicación, ya que dicha entrega es accesoria respecto a la prestación principal, que no es otra que la venta de un terreno destinado a la futura construcción de viviendas de protección pública. Por otro lado, por más que el PCAP contenga menciones al necesario respeto a la normativa en materia de viviendas de protección pública o incluya ciertos aspectos relativos a la futura edificación de la parcela o a la promoción de viviendas entre los criterios de adjudicación o solvencia, e incluso fije un plazo máximo para la ejecución de dicha promoción<sup>6</sup>, ninguna de estas estipulaciones conlleva un encargo al adjudicatario para que ejecute una obra, sino que se trata tan solo de cláusulas accesorias a un negocio jurídico patrimonial (ver, por ejemplo, el artículo 111.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

### Resolución 168/2020

Llegados a este punto, la cuestión central es determinar si el objeto del contrato tiene las notas propias de los contratos sujetos a la LCSP, y en concreto, al recurso especial (artículo 44.1 LCSP), o si concurren en él las características propias de los contratos patrimoniales excluidos de ella. Los dos posibles tipos en los que puede incardinarse el contrato son el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios. Ambos tienen en común que su objeto es un servicio, radicando la diferencia en la

---

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 17.1.9) de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

<sup>6</sup> Ver las cláusulas segunda, undécima, decimoquinta y vigesimoprimera del PCAP.



contraprestación; si en el contrato de servicios es un precio, en la concesión de servicios es el derecho a explotar dicho servicio, acompañado, en su caso, de un precio. Pues bien, en el contrato impugnado el poder adjudicador no pretende la adquisición de servicio alguno, lo que descarta que pueda tratarse de un contrato de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de julio de 2016, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, descarta, con argumentos que pueden extenderse también al contrato de servicios, que pueda considerarse una concesión de servicios un negocio jurídico cuyo objeto sea «el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos en los que el Estado, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora establecen únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos» (apartados 44 a 48 de la sentencia, que se remiten también a las sentencias del TJ de 11 de junio de 2009, C-300/07, ECLI: EU: C: 2009:358, apartado 71, y de 14 de noviembre de 2013, C-221/12, ECLI: EU: C: 2013:736; ver también el Considerando 15 de la Directiva 2014/23). En la misma línea, las Conclusiones del Abogado General correspondientes a la citada sentencia, de fecha 25 de febrero de 2016, ECLI:EU:C:2016:122, especifican en sus apartados 64 y 65 que en las concesiones sujetas a la Directiva 2014/23, transpuesta por la LCSP, hay «una actividad de servicios específicamente confiada por una autoridad pública que estuviera sujeta a requisitos específicos definidos por tal autoridad» y que no pueden incluirse en dicha Directiva los contratos patrimoniales en los que «el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o los servicios».

A la vista de lo anterior, debe concluirse que el objeto del negocio impugnado no es la adquisición de un servicio, sino la cesión onerosa de un bien inmueble municipal para que los explote un particular (punto segundo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares). Según la Resolución 91/2016 del OARC / KEAO, “Esta libertad sería inconcebible en el contrato de servicios o la concesión, que no son sino fórmulas a disposición de los poderes públicos para ejecutar prestaciones en favor de todas las empresas o ciudadanos que sean destinatarios de ellas según lo previsto en la legislación aplicable (servicio público “stricto sensu”) o en las condiciones establecidas en los pliegos”.

Téngase en cuenta que las prescripciones que regulan la cesión del establecimiento no se refieren a la configuración del servicio, sino que tan sólo se establecen unas



condiciones generales de utilización, como el horario mínimo de apertura o la posibilidad de comunicarse en euskera. La cláusula que obliga al establecimiento hostelero a actuar como bar-comedor del “Nagusien Etxea”, ofreciendo menús para personas mayores por un precio máximo de 8 euros, es una prestación accesoria que no desvirtúa la naturaleza patrimonial del objeto del negocio consistente en la explotación del establecimiento de hostelería para el público en general. De hecho, el “Nagusien Etxea” no está en el local objeto de explotación, sino que radica en la tercera planta del edificio donde se encuentra el establecimiento hostelero. Aún en el supuesto de considerar que esta prestación es un servicio o concesión de servicio, se trataría de una prestación accesoria a la finalidad principal del contrato, esto es, a la explotación del establecimiento de hostelería y, por tanto, de conformidad con el artículo 18.2.a) de la LCSP, estaríamos ante un negocio patrimonial por ser el objeto de la prestación principal.

Por todo ello, el recurso debe inadmitirse por no ser su objeto uno de los contratos comprendidos en el artículo 44.1 LCSP y, en consecuencia, procede su remisión al Ayuntamiento de Getxo a los efectos procedentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 44.6 de la LCSP.

## 1.5 Poderes adjudicadores sujetos a la competencia del OARC

### 1.5.1. Junta de Concertación de Zorrotzaurre

#### Resolución 85/2018

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Junta de Concertación de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 de Zorrotzaurre tiene la condición de poder adjudicador aunque no de administración pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP. Esta conclusión, que no es discutida por el poder adjudicador, se deriva de que (i) la Junta de concertación tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar (art. 163.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo), (ii) tiene naturaleza administrativa y actúa sometida a la tutela del Ayuntamiento de Bilbao (art. 2.2 de sus estatutos) con quien colabora en la ejecución del planeamiento, y quien



revisa los acuerdos de los órganos de la Junta (artículo 15 de sus estatutos) y (iii) varios entes del sector público son los que los que nombran a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración; en concreto, el Consejo Rector está formado por un Presidente, que es el Director general de VISESA (perteneciente al sector público de la CAE) y de sus seis vocales, dos pertenecen al Ayuntamiento de Bilbao y otros dos a la Administración general de la CAE y la participación de las administraciones públicas o sector público asociado a ellas en la Junta de concertación asciende al 63,2699%.

#### 1.5.2. BIZKAIKOA no está sujeta al OARC

##### Resolución 191/2019

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



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

#### Resolución 221/2019

El recurso especial objeto de la presente resolución se interpone frente al pliego de prescripciones técnicas que ha de regir el contrato de “Servicio del Centro de Acogida y Urgencias IBAIA”, tramitado por el Instituto Foral de Bienestar Social, que es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Servicios Sociales de la Diputación Foral de Álava. La letra a) del artículo 3.2 de la LCSP atribuye a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco el carácter de Administración Pública en lo que respecta a su actividad de contratación. Según el artículo 2.1 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Álava 44/2010, por el que se regula el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales, corresponde al mismo el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control. Consecuentemente, al ser el OARC incompetente para conocer del recurso procede inadmitirlo, de conformidad con lo preceptuado en la letra a) del artículo 55 de la LCSP.

### 1.6 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 marzo<sup>7</sup> 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](http://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

---

<sup>7</sup> Fecha de inicio de entrada en vigor de la LCSP (que se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 272 del día 9 de noviembre de 2017), según su Disposición Final Decimosexta.



se haya podido retrasar por causas no imputables al Ayuntamiento. No obstante, no puede dejar de mencionarse que el envío del anuncio al BOG se produjo el 2 de marzo y que el artículo 12 de la Norma Foral 5/2007, de 27 de marzo, reguladora del BOG, modificada por la Norma Foral 1/2015, establece, para la publicación de la documentación remitida, un plazo general máximo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su entrada en el registro y un plazo excepcional de tres días hábiles si el órgano remitente lo solicita como urgente (en este caso, consta que expresamente se calificó como “no urgente”), contados a partir del día hábil siguiente al registro o a la justificación del pago; por lo tanto, no puede decirse que haya habido retraso por parte del BOG.

La aplicación de la LCSP supone que debe anularse la cláusula 21 (por error, el recurso habla de la cláusula 31, que no existe), que en su apartado 1 establece que, para lo no previsto en los pliegos, el contrato se regirá por el TRLCSP. Aunque el recurso indica que la diferencia entre ambas normas es fundamental en materias esenciales, lo cierto es que, además de una referencia genérica a la solvencia, solo se menciona expresamente la diferente regulación del plazo máximo de los contratos de servicios de tracto sucesivo, que es de cinco años en el artículo 29.4 de la LCSP, lo que contradice la cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece un plazo máximo de 6 años. A partir de ahí, no es compatible con el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) ni con la propia naturaleza del recurso, que un procedimiento impugnatorio se convierta en una denuncia o solicitud de que este OARC / KEAO haga una revisión general del expediente a la búsqueda de infracciones de la LCSP que el recurrente no ha sido capaz de concretar (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO).

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

#### Resolución 013/2019

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

En el supuesto que nos ocupa, el solicitante de la medida cautelar manifiesta que desiste de su petición y su voluntad de posponer la eventual interposición del



correspondiente recurso especial en materia de contratación a un momento posterior del procedimiento de adjudicación.

Si bien la LCSP no contempla expresamente la finalización del procedimiento de recurso especial ni de sus procedimientos incidentales mediante el desistimiento, el artículo 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA), aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad.

Por su parte, en lo que respecta al desistimiento, los apartados 4 y 5 del artículo 94 de la Ley 39/2015 establecen que La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento y que si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.

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

#### 1.6.4. Tramitación del recurso conforme a su verdadera naturaleza

##### Resolución 017/2019

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



contratación, a salvo de las especialidades establecidas en el artículo 56 y siguientes de la LCSP.

#### Resolución 091/2019

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

#### Resolución 219/2019

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



el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

#### 1.6.5. Requisitos para que un escrito sea considerado un recurso

##### Resolución 031/2019

La primera cuestión que debe plantearse este Órgano es la verdadera naturaleza del escrito presentado por CANON ESPAÑA, S.A. No consta en él la intención que caracteriza a cualquier recurso, que es la de impugnar un acto para conseguir que se declare que éste adolece de vicios de invalidez (artículo 112.1 de la Ley 39/2015), o dicho de otro modo, debe constar una pretensión de expulsar del mundo jurídico un acto nulo o anulable o, en su caso, de modificarlo o de sustituirlo (ver, por ejemplo, la Resolución 39/2017 del OARC / KEAO). En este caso, no se plantea pretensión impugnatoria alguna, de tal forma que el escrito concluye con un escueto En espera se sus noticias. En este sentido, revisado también el resto del documento, se observa que se formulan diferentes comentarios sobre los apartados de los pliegos, refiriéndose, unos, a la conculcación de varios principios de la contratación (principios de libre concurrencia, no discriminación e igualdad de trato) y, otros, a las prescripciones técnicas de los equipos, de tal forma que, en algunos casos, parecen la exposición de las dudas de la empresa sobre su contenido y alcance, y en otros casos, meros comentarios críticos sin verdadera intención de anular decisiones ilegales. En definitiva, no nos encontramos ante un recurso especial de los regulados en los artículos 44 y siguientes de la LCSP y no puede tramitarse como tal, por lo que de acuerdo con el artículo 55 a) de la LCSP procede su inadmisión.

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



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

Resolución 065/2019

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

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



### 1.6.7. Personas jurídicas. Representación y acuerdo del órgano competente sobre la interposición del recurso

#### Resolución 093/2019

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

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

- El artículo 51.1 a) de la LCSP, que establece los documentos que deben acompañar al recurso, en su letra a), que tiene igual redacción que el derogado artículo 44.4. a) del TRLCSP, únicamente exige que se presente el documento que acredite la representación del compareciente.
  
- El artículo 24.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto y no menciona la obligación de presentar documento adicional alguno.



- Conforme al artículo 56.1 de la LCSP el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA,) la cual, al igual que la derogada Ley 30/1992, tampoco exige este requisito para la presentación de los recursos administrativos (artículos 115 y 116).

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

#### 1.6.8. Sobre el acceso al expediente

##### Resolución 050/2019

La solicitud de acceso al expediente se halla regulado en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por la que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. La finalidad que se persigue mediante este procedimiento es la de evitar la indefensión en el recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica, como indica, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) 436/2017; para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (como la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano



resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución nº 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. En concreto y en el presente caso, el reproche se refiere a que no se le ha facilitado el acceso al expediente por parte del poder adjudicador. Este afirma que no tuvo conocimiento de dicha solicitud hasta la interposición del propio recurso, dado 11/13 que la aplicación de licitación electrónica, medio por el que se realizó la solicitud, carece de un sistema de alertas que permita conocer en todo momento las comunicaciones con los licitadores. Al margen de dicha justificación, lo cierto es que el órgano de contratación tiene la obligación de poner de manifiesto el expediente a los interesados que lo soliciten con el límite del derecho a la confidencialidad de las ofertas previsto en los artículos 56.5 y 133 de la LCSP. No obstante lo anterior, este Órgano resolutorio viene señalando también que la denegación del acceso al expediente solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado, y en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO), de modo que si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP, como ocurre en el presente caso, no puede alegarse dicha indefensión. En este sentido, en el expediente consta que, en el perfil del contratante del poder adjudicador, con anterioridad al vencimiento del plazo de recurso, se han publicado los informes y actas relativas al procedimiento de licitación en las que se recogen, siquiera sintéticamente, las aclaraciones presentadas por las adjudicatarias y a las que el recurrente pretende acceder lo que, a su vez, ha permitido al recurrente formalizar un recurso debidamente fundado. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras, a las que GERTEK también pretende acceder, no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de



búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora, como señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 329/2016, de 22 de diciembre. Finalmente, no se ha acreditado el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que esta denegación de acceso al expediente ha podido suponer, sobre todo a la vista de que en la notificación del acuerdo de adjudicación se menciona que los informes técnicos (motivación in aliunde), suficientemente motivados a juicio de este Órgano, se encuentran publicados en el perfil del contratante. En definitiva, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a su petición de acceso al expediente (ver, en este sentido Resolución 37/2018 del OARC/KEAO).

#### Resolución 057/2019

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

#### Resolución 178/2019

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

1) Por lo que se refiere al acta de la reunión del 18 de julio en la que se decidió la adjudicación del contrato, en el expediente consta la Resolución de adjudicación de dicha fecha, dictada por la Comisión Delegada del Consejo de Administración de ETS; consta igualmente que la Resolución fue remitida a los componentes de la UTE



recurrente con fecha 22 de julio (de hecho, la UTE recurrente la adjunta al escrito de recurso). En ella solo hay una mención al debate objeto del presente recurso, la cual señala brevemente que “en aplicación de los principios básicos de la normativa de contratación pública y los criterios que establece la jurisprudencia considera que el plazo de la oferta presentada es de 37 meses, en vez de los 41 meses que también fueron indicados en la documentación incluida en el sobre B, de conformidad al escrito presentado por los integrantes de esta UTE con fecha 7 de junio de 2019”. Existe también un documento denominado “Acta de la sesión de la Comisión Delegada del Consejo de Administración en materia de contratación, celebrada el 18 de julio de 2019”, que solo trata del contrato impugnado en su punto 6.1 y simplemente para dar cuenta de que se ha acordado su adjudicación en los mismos términos contenidos en la Resolución anteriormente citada.

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

#### Resolución 107/2020

(...) Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido por las razones que se exponen a continuación:

- 1) El poder adjudicador ha denegado el acceso solicitado simplemente dando por buena la declaración de confidencialidad del adjudicatario impugnado, sin contrastar si dicha declaración es conforme con los límites que le marca el artículo 133 LCSP; tampoco consta que se haya dado audiencia al interesado para que alegue la vinculación de la información demandada con secretos



comerciales o empresariales u otros datos cuya divulgación puede falsear la competencia (ver, en este sentido, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14/2/2008, C- 450/06, ECLI:EU:C:2008:91, apartados 53 y 54).

- 2) No obstante lo anterior, y habida cuenta de que la solicitud de acceso se refiere específicamente tan solo a la oferta de medios humanos de la adjudicataria impugnada, no se observa conexión alguna entre dicha petición y el primer motivo del recurso, que se basa en que UTE ALSE no dispone de una CRA; tampoco parece que la denegación de acceso haya impedido una impugnación suficientemente fundada en variados aspectos técnicos y legales por lo que se refiere al segundo motivo del recurso, la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.
- 3) Finalmente, se observa que el recurrente, en su propia declaración, ha señalado como confidencial su “oferta técnica”, en la que se incluye también la oferta de medios humanos. Este Órgano ha establecido reiteradamente (ver, por todas, su Resolución 134/2019) que el principio de buena fe se opone a que un licitador solicite acceso a la documentación de otro licitador cuando ambos han declarado confidencial la misma documentación.

#### 1.6.9. “Cosa juzgada administrativa”

##### Resolución 129/2020

Los pliegos ahora recurridos rigen un nuevo procedimiento de adjudicación y son, en principio, susceptibles de ser recurridos en el plazo legalmente establecido, pero debe analizarse si los motivos del recurso pudieron ser alegados en un recurso contra el primer procedimiento de adjudicación, pues admitir la impugnación sobre aspectos que ya pudieron ser puestos de manifiesto con ocasión del recurso contra los pliegos anteriores con el mismo objeto sería tanto como desvirtuar el carácter preclusivo de los plazos de interposición del recurso especial (ver, en este sentido, la Resolución 076/2019 de este OARC / KEAO). En este sentido, este Órgano ha declarado que el carácter preclusivo de los plazos del recurso especial es parte fundamental del



sistema establecido en la LCSP y el Derecho de la UE que ésta incorpora (ver Resoluciones 24/2014, 26/2015, 152/2018, 76/2019 y 108/2019 del OARC / KEAO y el apartado 51 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, y todas las que en él se citan), de modo que la completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), 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, lo que podría convertir el recurso especial en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita. Debe resaltarse que la cuestión sería distinta si el recurso se basara en un motivo referido a cláusulas nuevas o actuaciones propias del nuevo procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 112/2014 y 26/2015 del OARC / KEAO). Analizados los motivos de impugnación y contrastado el texto de los pliegos recurridos en ambos procedimientos, se observa que la decisión de no dividir el contrato en lotes y los argumentos para su justificación ya existían y son los mismos en los que rigieron el procedimiento de adjudicación cancelado por la ROARC 63/2020 y en los de la presente licitación. Consecuentemente, la base que sustenta el actual recurso ya era conocida y pudo ser impugnada a propósito del anterior procedimiento, concurriendo así la identidad de objeto que caracteriza a la “cosa juzgada administrativa” (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2017 del OARC / KEAO), por lo que este motivo de recurso ha de inadmitirse, debiendo analizarse, en cambio, el fondo de los demás motivos del recurso por referirse a aspectos novedosos de los pliegos.

#### 1.6.10. Transitoriedad entre la Ley 3/2007 y el Real Decreto-ley 3/2020

##### Resolución 145/2020

El Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales,



en el apartado primero de su Disposición Transitoria Primera establece que “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-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 este sentido, al publicarse el anuncio de licitación del presente expediente con anterioridad a la entrada en vigor del citado el Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero, sería de aplicación la normativa anterior, esto es, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE). No obstante, el apartado tercero de la referida Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley podrá interponerse la reclamación prevista en el artículo 119 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.”

El acto impugnando en el presente procedimiento es el acuerdo de adjudicación de fecha 25 de junio de 2020 y que, por tanto, es posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero. En consecuencia, los preceptos procesales que han de regir el presente expediente son los establecidos en el Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero y, en especial, la reclamación prevista en el artículo 119 de la antedicha norma que, en lo que respecta a su régimen jurídico, se rige por las normas de la LCSP con las especialidades previstas en el artículo 121 del mencionado Real Decreto-ley 3/2020. En cambio, la norma sustancial que ha de aplicarse para la resolución del fondo de la cuestión ha de ser la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por tratarse de un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2020 de 4 de febrero.



### 1.6.11 Carga de la prueba

#### Resolución 210/2019

Consecuentemente, se puede afirmar que la presunción de acierto y legalidad de la que goza el informe de valoración, en el que consta que el producto adjudicatario del lote 5 cumple con la prescripción, circunstancia que se corrobora con la documentación técnica aportada en la oferta y en el informe de contestación al recurso al afirmar que la comisión técnica ha comprobado en la práctica clínica su cumplimiento, no ha sido desvirtuada por la recurrente. A este respecto, ha de tenerse presente que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar los argumentos y los medios probatorios que permitan acreditarlos (ver, en este sentido la Resolución 74/2018).

## **2. Principios de la contratación pública**

### 2.1 Igualdad de trato

#### Resolución 186/2018

Por lo que se refiere al reproche de que los subcriterios mencionados en el punto b3) anterior están diseñados en beneficio de la actual adjudicataria del contrato, dado que dicha empresa se halla en una situación de ventaja respecto del resto de los licitadores por ser la que dispone de toda la información cierta y actualizada de los diferentes espacios y elementos a inventariar, debe señalarse que en todos los contratos de tracto sucesivo en los que la entidad adjudicadora decide iniciar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato que ha sido ejecutado hasta ese momento por un único contratista, la ventaja de la que éste último goza es, en realidad, inevitable y constituye de alguna manera una ventaja inherente de facto. La citada ventaja solo se podría suprimir prohibiendo la participación de la empresa en el procedimiento, incluso como subcontratista, lo que de ningún modo cabe en la legislación sobre contratación pública. No obstante, dicha supuesta ventaja sería ilegítima si de los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario o durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil



para la elaboración de la oferta. Además, los principios de igualdad de trato y transparencia implican la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones y dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C 470/99, Rec. p. I 11617, apartado 93, y de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C 213/07, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada), lo que conlleva que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se debe poner, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, que la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata, lo que podría compensar hipotéticas ventajas del proveedor anterior de la prestación licitada (ver las resoluciones 58/2012 y 6/2016 del OARC / KEAO)..

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



### Resolución 59/2019

A juicio de este OARC / KEAO, el motivo de impugnación debe ser aceptado y la cláusula anulada. No cabe que la experiencia a valorar sea exclusivamente la adquirida en la administración local, tal y como lo solicita el PCAP, pero ni siquiera es admisible que lo sea la adquirida en cualquier administración pública, cuando la influencia en la calidad de la prestación que implica que el personal que la ejecute haya realizado anteriormente tareas similares (artículo 145.2.2º de la LCSP) puede acreditarse también mediante servicios prestados al sector privado, igualmente afectado por la normativa urbanística o medioambiental objeto del contrato (por ejemplo, promotores, constructores, propietarios o ciudadanos en general sobre los que se ejercen las competencias administrativas sobre la materia y que pueden requerir también ayuda profesional), tal y como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 62/2018. Debe añadirse que la cláusula es contraria a Derecho en virtud del artículo 40 b) de la LCSP que considera anulables Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. Téngase en cuenta que este precepto es una especificación del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1 de la LCSP) que, entre otras cosas, prohíbe que un criterio de adjudicación otorgue ventajas injustificadas a ofertas que aportan ventajas sustancialmente iguales.

### Resolución 90/2019

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



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

Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado se observa que este es, en principio, no discriminatorio, ya que se exige en términos abstractos, iguales para todos los licitadores y sin diferenciar en razón de sus circunstancias personales (domicilio social, nacionalidad, etc.) o del origen o procedencia geográfica de los bienes. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es el de que la similitud de las nuevas marquesinas con las anteriores contribuya a asegurar la coherencia territorial y el urbanismo igualitario, evitándose así desigualdades por razones diversas (económicas, históricas u otras). Asimismo, parece adecuado exigir un diseño estético de las marquesinas similar al actual, dado que los elementos que constituyen el mobiliario urbano en el espacio público son fundamentales para la definición de la ciudad. Debe tenerse en cuenta que actualmente existen ya 222 marquesinas iguales y ahora se requiere de la instalación de 20 nuevas similares a aquellas. Además, son elementos de un servicio público (transporte) que como tales deben ser perfecta y fácilmente identificables. De la misma forma, el requisito parece adecuado y proporcionado a su finalidad, sin que vaya más allá de lo necesario para satisfacerla, pues se configura como criterio de adjudicación y no como criterio de admisión (por lo que no impide a ningún operador la presentación de una oferta) y se exige semejanza y no identidad total. Finalmente, la ponderación de hasta 15 puntos (sobre 40 para los criterios subjetivos y sobre 140 para el total de los criterios) no se puede considerar desproporcionada a la importancia del criterio, permitiendo además, en principio, a cualquier licitador la obtención de algún punto, salvo grosera falta de similitud; tampoco se estima desmedido el límite eliminatorio de



20 sobre 40 puntos en los criterios subjetivos, pues de dicho límite forman parte otros criterios y, además, como ya se ha expresado, nada impide a cualquier proposición que incluya un producto similar a la marquesina original obtener alguna puntuación. Por todo ello, este Órgano considera que no puede aceptarse el motivo impugnatorio.

#### Resolución 95/2019

Por otro lado, la afirmación de que el criterio es discriminatorio se basa únicamente en que Correos ya dispone de los sistemas que se valoran, mientras que otros licitadores tendrían que introducirlos. Este argumento no es aceptable. El recurrente, que no discute que el criterio cumpla con los requisitos generales legalmente exigibles (especialmente, la vinculación al objeto y la identificación de un aspecto ventajoso de la prestación), no ha acreditado que la intención del poder adjudicador sea beneficiar arbitraria o desproporcionadamente a una empresa concreta en perjuicio de sus competidores, sin que sea suficiente para ello la mera afirmación de que es un criterio más fácil de cumplir para la empresa que ya dispone de los sistemas, pues ello es un efecto común a cualquier criterio de adjudicación y a la misma existencia de un mercado abierto en el que existen empresas con características y estrategias de todo tipo (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

#### Resolución 103/2019

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



instalaciones ubicadas en otras comunidades autónomas limítrofes, pudiendo respetarse estos principios en el contrato a través de estipulaciones diferentes a las debatidas.

## 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.

### Resolución 169/2019

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

## 2.3 Libertad de acceso

### Resolución 78/2019

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



## 2.4 Libre competencia

### Resolución 120/2020

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

### Resolución 155/2020

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



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

(...)

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

## 2.6 Otros

### 2.6.1. Libertad de pactos

#### Resolución 102/2019

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



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

### 2.6.2. Proporcionalidad

#### Resolución 112/2019

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

### 2.6.3 Principios de buena fe y confianza legítima

#### Resolución 92/2020

Según reiterada jurisprudencia, “el principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro Ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca puede



suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración, (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento” (ver, entre otras, la STS de 21 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:251).

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

### **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 contractuales<sup>8</sup>. 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 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

---

<sup>8</sup> Disponible en el siguiente enlace:

[http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria\\_y\\_doctrina\\_oarc/es\\_def/adjuntos/Efectos\\_juridicos\\_de\\_Directivas.pdf](http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf)



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 incondicionado<sup>9</sup>, 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.

---

<sup>9</sup> En este sentido se manifiestan los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”.



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

También debe tenerse en cuenta que el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos, se refiere expresamente a empresas sociales. Este concepto carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales, y las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros le han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión. Como puede comprobarse, se trata de una definición similar a la que la LCSP hace de los Centros beneficiarios de la reserva que se debate.

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



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

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

Resolución 129/2019

El apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP (en adelante, DA 4ª de la LCSP) establece, en síntesis, que, mediante Acuerdo del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100. El recurrente alega que la reserva impugnada es desproporcionada y restrictiva de la competencia; a juicio de este OARC / KEAO, este motivo de impugnación debe rechazarse por las razones que se exponen a continuación:



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

2) Se observa que no hay una justificación expresa de la decisión de reservar el contrato, como pide el artículo 116.4 a) de la LCSP que, a juicio de este Órgano, debe entenderse que no se refiere únicamente a los motivos para seleccionar uno de los procedimientos previstos en el artículo 131 de la LCSP, sino también a las cuestiones procedimentales que, como la analizada, son relevantes para limitar a un cierto tipo de operadores económicos el acceso al contrato. No obstante, la falta de motivación es una irregularidad puramente formal, pues ni impide al acto alcanzar su finalidad ni provoca indefensión alguna, dado que la DA 4ª de la LCSP no contiene ningún elemento discrecional cuya existencia deba verificarse para legitimar la opción de la reserva (en particular, no se pide ningún juicio de proporcionalidad de la medida) y apenas contiene elementos reglados en el mismo sentido, más allá de la correcta delimitación de los operadores económicos beneficiarios y la constancia de una referencia a la propia norma en el anuncio de la disposición, aspectos ambos que no son objeto de debate (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

3) Tanto la DA 4ª de la LCSP como el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, que es la norma que la primera incorpora a nuestro Ordenamiento, son una excepción que el propio legislador establece al principio general de libre competencia (artículo 18.2 de la Directiva y artículo 1.1 de la LCSP) justificada por razones de política social; así, el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE es claro cuando afirma, entre otras cosas, que la reserva facilita el acceso al mercado de la compra pública a operadores que cumplen una importante función de integración social pero que en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos; es decir,



se trata de una discriminación positiva (ver la Resolución 130/2018 del OARC / KEAO). Esta excepción no es absoluta, pues permite una licitación de acceso limitado a cierto tipo de empresas que compiten por el contrato, pero no la adjudicación directa a una de ellas elegida sin concurrencia ni publicidad previa; además, también en los procedimientos de adjudicación sometidos a la reserva de la DA 4ª de la LCSP debe procurarse, en el marco de las especialidades que los caracterizan, la salvaguarda de la libre competencia, lo que implica, entre otras cosas, la configuración del contrato y del procedimiento para que se dé la máxima participación posible en este último. En este sentido, CUSTAR alega que de procedimientos anteriores similares al impugnado se deduce que la reserva de los contratos de gestión documental a CEEIS finaliza con la adjudicación a una única empresa que cumple el requisito de acceso limitado y además tiene capacidad para ejecutar la prestación. Sin embargo, en los datos aportados en el recurso y en los que constan en el expediente no se acredita que dicha falta de concurrencia sea imputable al poder adjudicador, ni que este se aproveche de ella para beneficiar a una concreta empresa, ni mucho menos que las medidas que la Administración pueda adoptar para remediarla deban concluir necesariamente en una licitación no reservada a la que el recurrente pudiera presentar una proposición.

(...)

1) La finalidad de la DA 4ª de la LCSP es fomentar el empleo y la ocupación como medios de integración en la sociedad de personas discapacitadas o desfavorecidas (ver el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE), y este objetivo se desvirtuaría si, de hecho, una parte o la totalidad de la prestación y, consecuentemente, del volumen económico y de empleo generado del contrato aprovechara a operadores económicos diferentes de las beneficiarias de la reserva que en ningún caso podrían haber sido adjudicatarias, como es el caso de la recurrente.

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



instancia, debe recordarse que es aplicable la clásica prohibición del fraude de ley contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil.

### 3.2 Prohibiciones de contratar

#### 3.2.1 Momento en el que debe producirse la situación de ausencia de prohibiciones de contratar

##### Resolución 204/2019

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

### 3.4 Solvencia

#### 3.4.1 No discriminación

##### Resolución 160/2018

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

- 1) Como se deduce de la motivación expresada en el último párrafo de la cláusula impugnada, la intención del poder adjudicador es admitir a la licitación únicamente a las empresas que, además de haber suministrado energía



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



discriminadas sea grande o pequeño. Análoga observación se puede hacer de las restricciones ilegítimas de la libre competencia, que no dejan de serlo aunque, a pesar de ellas, pueda optar al contrato una cantidad significativa de empresas.

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

### Resolución 179/2018

El recurrente considera que la exigencia del conocimiento de euskera es un requisito de solvencia técnica ilegal porque es contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre 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 euskara sea el idioma de servicio en todos los departamentos del Ayuntamiento. Igualmente, el nivel lingüístico requerido es el C1, que no es el máximo grado de competencia lingüístico contemplado en el “Marco común europeo de referencia” pero que, sin embargo, es suficiente para satisfacer los objetivos de normalización lingüístico perseguidos por el Ayuntamiento. Finalmente, que el requisito se configure como parte de la solvencia técnica y no en otra fase del procedimiento de adjudicación o de la vida del contrato es también adecuado y proporcionado; por una parte, su inserción como criterio de adjudicación no garantiza plenamente el objetivo buscado (puede resultar seleccionada una oferta que no lo satisface), y por otro lado, no parece que su inclusión como requisito de admisión exigible a los licitadores y no como condición de ejecución para el contratista sea una dificultad desmedida para presentar una proposición, habida cuenta, por ejemplo, de que para la integración de la solvencia con medios externos basta con acreditar que se dispondrá de ellos para la ejecución del contrato (artículo 75.1 de la LCSP).

#### 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 "solvencia técnica" tan limitador como el que nos ocupa produce un efecto contrario a los principios esenciales que informan todo el sistema legal de contratación pública, a saber; la instauración de una suerte de proceso de retroalimentación o círculo vicioso en cuanto a las adjudicaciones, que opera en la práctica como infranqueable barrera a la posible entrada de nuevos licitadores que no tienen experiencia porque no pueden acceder a las licitaciones por no tener experiencia. Por todo ello, el presente requisito de solvencia debe anularse.

#### Resolución 39/2019

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



(Delegación de Navarra), se refiere a obras de nueva planta (Expediente 2018A0520) y, el resto, a obras de reforma y reparación, siendo indiscutible que todas ellas se hallan comprendidas en el CPV genérico de “Servicios de arquitectura”. En lo que respecta al importe de las obras también lo cumple porque, a falta de un umbral específico de solvencia técnica o profesional en el PCAP, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 90.2 de la LCSP de que el importe de los trabajos efectuados con anterioridad se apreciará conforme al importe anual acumulado en el año de mayor ejecución que será igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.

#### Resolución 157/2019

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

#### Resolución 169/2020

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



por la que prefiere el recurrente, que no tiene derecho a exigir que la configuración del contrato le sea favorable.

(...)

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

#### Resolución 173/2020

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



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

#### Resolución 184/2020

Finalmente, debe ser desestimada la alegación de la recurrente de que la coincidencia de los tres primeros dígitos de la CPV de los servicios cuya experiencia acredita con los del contrato es suficiente para acreditar la igualdad o similitud de todos ellos. Este OARC /KEAO ha manifestado en su Resolución 7/2020 que, a falta de precisión en



los pliegos de lo que se debe considerar como servicio de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, se debe estar, en principio, a lo que dispone el artículo 90.1.a) de la LCSP segundo párrafo en lo referente a que “Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, en defecto de previsión en el pliego, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV”, pero que esta regla no opera de forma automática, sino que se deben contrastar los servicios certificados con las prestaciones definidas en las bases de la licitación al objeto de examinar la existencia o no de similitud material. En el supuesto que nos ocupa este parámetro de contraste ha sido completado con el análisis del régimen jurídico del servicio, que regula su contenido de forma precisa y específica, con la conclusión que figura en el apartado 1) de que no nos hallamos ante servicios análogos.

#### 3.4.4 Documento europeo único de contratación

##### 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,<sup>10</sup> y es, en síntesis, una forma de cumplimiento provisional de los requisitos de aptitud para contratar fijados en las bases de la licitación. Consiste en una declaración actualizada del interesado que sustituye a los certificados expedidos por autoridades públicas o por terceros y que confirma que el licitador cumple con los requisitos de admisión al procedimiento, entre otros, los referidos a las condiciones de solvencia económica y financiera. El DEUC se redacta sobre la base de un formulario uniforme, aprobado por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 (en adelante, Reglamento 2016/7). Por lo que toca al objeto de la impugnación, son aspectos relevantes de esta normativa los siguientes:

- el DEUC debe ofrecer también la información pertinente sobre las entidades de cuya capacidad depende el licitador, de modo que la verificación de esa

---

<sup>10</sup> 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.



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.

#### Resolución 52/2019

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



finalidad y entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.

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

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

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



### 3.4.5 Visita previa a las instalaciones

#### Resolución 179/2018

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

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

#### Resolución 181/2018

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



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

#### 3.4.7 Proporcionalidad de los requisitos exigidos

##### Resolución 189/2019

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 de la LCSP, cuando el órgano de contratación considere conveniente solicitar la experiencia del licitador como forma de acreditar su capacidad técnica o profesional y no establezca expresamente un umbral mínimo, éste será el importe anual acumulado que en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. Si bien es cierto, tal y como alega el poder adjudicador, que esta disposición únicamente se aplica en defecto de especificación en los pliegos, que no es el caso objeto de recurso, no es menos cierto que se puede utilizar como un elemento interpretativo de lo que el legislador considera proporcionado. Este umbral quedaría fijado en el contrato que nos ocupa en 78.694 euros para el Lote 1 (cuya anualidad media calculada en relación con el valor estimado del contrato y su posible duración total es de 112.420 euros) y para el Lote 2 de 13.012,65 euros (cuya anualidad media es de 18.589,5 euros)

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

##### Resolución 169/2020

En el apartado “Descripción del equipo técnico”, la cláusula 9 del PCA (que a su vez se remite al apartado “Condiciones particulares” del punto 4 del PPT) solicita a los



licitadores una declaración responsable de que el equipo de trabajo que, en su caso, ejecutará el contrato, satisface una serie de requisitos, impugnados por UNIVE. A juicio de este OARC / KEAO, el motivo de recurso referido a esta estipulación debe aceptarse porque la experiencia y los conocimientos requeridos al personal al que se refieren las cláusulas impugnadas infringe los principios de igualdad de trato y no discriminación, libre acceso a las licitaciones y salvaguardia de la libre competencia (artículo 1.1 de la LCSP) en varios aspectos:

- 1) Únicamente se acepta la experiencia obtenida en el ejercicio de la Abogacía, descartando la que los abogados que vayan a ejecutar la prestación hayan podido adquirir sobre el objeto del contrato desempeñando otras funciones distintas (por ejemplo, juez o magistrado del orden jurisdiccional social, inspector de trabajo u otros funcionarios públicos, etc.); en este sentido, es significativo que la defensa en juicio, quizás la prestación más característica (aunque no la única) de la profesión de Abogado está excluida del objeto del contrato (cláusula 2 del PCA). Por otro lado, el periodo de duración de la experiencia solicitada en el caso del coordinador (veinte años, incluyendo al menos quince en el ámbito laboral) y de uno de los miembros del equipo (quince años, incluyendo diez en el ámbito laboral) se considera desproporcionado; téngase en cuenta que, por ejemplo, la experiencia de la empresa exigible como solvencia se reduce a los trabajos de los últimos tres años (artículo 90.1 a) de la LCSP), que se trata de periodos de experiencia similares o superiores a los que se piden legalmente para acceder a cargos de contenido jurídico altamente cualificados (ver, por ejemplo, los artículos 122.3 y 159.2 de la Constitución), que, de hecho se pone un altísimo límite de edad a los profesionales que ejecuten el contrato impidiendo el acceso de los más jóvenes y que no consta en los pliegos que el objeto del contrato tenga una complejidad diferente de la que tienen los mismos servicios habitualmente prestados en el mercado por operadores con experiencia mucho menor.
- 2) El poder adjudicador exige “conocimiento acreditable” en algunas materias que, aunque están relacionadas con el objeto del contrato, resultan ser un requisito desproporcionado. Así, que el citado conocimiento sea precisamente en entidades del sector público restringe indebidamente el acceso a los



operadores económicos que pueden haber adquirido una amplia experiencia asesorando sobre la materia objeto del contrato a empresas privadas (ver, por ejemplo, las Resoluciones 38/2012, 35/2013 y 133/2015 del OARC / KEAO), a cuyas relaciones de empleo se les aplica prácticamente la misma normativa que a las sociedades públicas, y también a quienes hayan asesorado sobre las mismas materias objeto del contrato desde la perspectiva de los empleados (abogados de organizaciones sindicales o de trabajadores de sociedades públicas, por ejemplo); las peculiaridades que pueden afectar a estas últimas (especialidades de la tramitación de la negociación colectiva y límites presupuestarios a la misma, por ejemplo) no son tan relevantes como para justificar el requisito de admisión, teniendo en cuenta además que, en todo caso, es parte del trabajo de cualquier operador jurídico profesional determinar el régimen jurídico concreto aplicable a los asuntos sometidos a su consideración (distintos convenios colectivos u otras normas laborales específicas, por ejemplo), tarea para la cual hay que entender que dispone de formación suficiente. Por los mismos motivos, tampoco es aceptable el requisito referido al asesoramiento en el “sector movilidad” o al Derecho Público Autonómico o Local.

#### 3.4.8 Concepto de “destinatario” de los trabajos anteriores

##### Resolución 174/02019

En síntesis, de acuerdo con los pliegos y el artículo 90.1 a) de la LCSP, los trabajos que prueban la solvencia técnica deben acreditarse, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. Debe rechazarse la alegación del recurrente, que identifica el “destinatario” con la entidad a la que aprovechó o que finalmente hizo suyo el producto o resultado de los trabajos (por ejemplo, por ingresar en su patrimonio los edificios construidos a los que se refieren); téngase en cuenta que se trata de acreditar la satisfactoria realización de un servicio y, si dicha entidad no encargó el servicio al miembro del equipo de trabajo al que se refiere el certificado debatido, no tuvo una relación directa con él, por lo que,



consecuentemente, no puede certificar sobre ella. En cambio, el “arquitecto principal” sí puede emitir dicha certificación porque fue parte en la citada relación directa.

#### 3.4.9 Los conflictos de intereses que impiden la correcta ejecución del contrato suponen falta de solvencia

##### Resolución 21/2019

El motivo de la exclusión de la recurrente, según el acta de la sesión de la Mesa de Contratación de 24 de octubre es que su oferta incumple lo dispuesto en el apartado 8 del PPT al designar como técnico responsable de verificación de ahorros en consumo de energía a una persona que carece del requisito de independencia respecto a la empresa licitadora porque forma parte de su plantilla, como expresamente se reconoce en el recurso (...). A este respecto, este Órgano entiende que en ningún caso puede considerarse independiente un técnico integrado en la plantilla de la licitadora. Debe tenerse en cuenta que el artículo 8 del PPT establece que los ahorros energéticos deben ser medidos, verificados y aceptados por ambas partes, Adjudicatario y el Ayuntamiento, por lo que el requisito de la independencia debe comprender, necesariamente, la ausencia de nexos con cualquiera de dichas partes, no solo de tipo jerárquico o laboral, como en este caso, sino de cualquier otro tipo que pudiera denotar la existencia de un conflicto de intereses que impidiera la correcta ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE, que establece que los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato, así como el artículo 64.1 de la LCSP). No obsta a esta conclusión que el PPT posibilite que la contratista presente después una persona distinta, pues tal prevención no puede subsanar una proposición que incumple el PPT.



#### 3.4.10 No hay preferencia legal por algún medio de acreditación

##### Resolución 54/2020

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

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

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

La fijación de los requisitos mínimos de solvencia económica y de los medios que deben aportarse para acreditarla es competencia del poder adjudicador, la cual debe ejercerse con los límites propios de cualquier facultad discrecional. En primer lugar, debe respetarse su fondo parcialmente reglado, conformado en este caso especialmente por el mandato de vinculación al objeto y proporcionalidad al mismo (artículo 74.2 de la LCSP) y por lo establecido en los artículos 86 y 87 de la LCSP. Además, deben respetarse los principios generales de la contratación pública, especialmente el de igualdad de trato y no discriminación, de modo que la solvencia o los medios para acreditarla no se fijen de modo que se perjudique o beneficie sin razón proporcionada y adecuada a un operador económico o tipo de ellos. La alegación del COAVN no cuestiona que se haya traspasado ninguno de estos límites, y fundamenta su solicitud en que, de la lectura de las letras a) y b) del artículo 87.1 y del artículo 87.3 b) se concluye que "...queda de manifiesto el interés del legislador en dar un trato particular a los contratos cuyo objeto de licitación consista en servicios profesionales". Sin embargo, de los citados preceptos no se deduce ninguna preferencia legal del sistema propuesto por el recurrente frente a otros; por el contrario, el artículo 87.1 establece que la elección de uno o varios de los medios de acreditación a los que se refiere corresponde al órgano de contratación, y el artículo 87.3 regula el caso de los contratos no sujetos a clasificación cuando los pliegos no recogen los requisitos



mínimos para la acreditación de la solvencia, supuesto distinto del que ahora se analiza. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse

#### 3.4.11 Relevancia del momento del depósito de las cuentas anuales

##### Resolución 70/2020

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

En el expediente remitido por el poder adjudicador consta que el licitador propuesto como adjudicatario del contrato ha aportado las cuentas anuales aprobadas correspondientes al ejercicio 2017 (depositadas en el Registro mercantil el 20 de febrero de 2020) y una declaración responsable del volumen de negocio correspondiente a los ejercicios 2016 y 2018. Se ha de tener en cuenta que la solvencia económica y financiera solicitada en el punto 10 de la carátula del PCAP se refiere al mejor ejercicio de los tres últimos disponibles, por lo que el medio probatorio aportado (especificado en la cláusula 17 del PCAP) será el del ejercicio (de los tres últimos disponibles) que el licitador considere conveniente. En el contrato que nos ocupa, el licitador presenta las cuentas anuales aprobadas del ejercicio 2017, de las que no se discute si el volumen de negocios que comprenden es superior al exigido y, si bien es cierto, que han sido depositadas con posterioridad al plazo de presentación de ofertas, dicha circunstancia se trata de un defecto formal que, por dicha razón, es susceptible de ser subsanado. En particular, la subsanación de dicha formalidad no implica la compleción de ninguna carencia del requisito de solvencia, ni que el licitador haya dispuesto de un plazo adicional para completar su oferta, ni que se haya infringido el principio de igualdad dado que, en todo caso, el requisito de aptitud se cumple en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (artículo 140.4 de la LCSP).



#### 3.4.12 No cabe acreditar la solvencia de un operador económico con servicios prestados por cuenta ajena

##### Resolución 126/2020

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

#### 3.4.13 Solvencia de las empresas de nueva creación

##### Resolución 126/2020

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

3.1) La LCSP en su artículo 90.2 exige que en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especifiquen los medios, de entre los recogidos en dicho artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. A



este respecto, tanto los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario como la documentación requerida para acreditar los mismos deben ser determinados por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la LCSP, sin perjuicio de que, en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, se puedan también admitir otros medios de prueba distintos (artículos 74 y 86.1 de la LCSP)

- 3.2) En la determinación de los medios de acreditación de la solvencia a los que se refiere el apartado 3.1) anterior, el poder adjudicador no ha incluido un medio de acreditación de la solvencia técnica alternativo a la relación de servicios prestados, como pide el artículo 90.4 de la LCSP. Consecuentemente, y dado que los pliegos del contrato rigen el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando al poder adjudicador y a los licitadores, no cabe aceptar un medio de acreditación diferente del fijado en ellos, como el certificado de profesionalidad presentado por el adjudicatario.
- 3.3) No cabe aceptar que, a falta de mención del artículo 90.4 de la LCSP en los pliegos, que las empresas de nueva creación puedan, sin embargo, acreditar su solvencia técnica o profesional por cualquiera de los medios establecidos en las letras b) a i) del artículo 90.1 de la LCSP que elijan; dicha elección de un medio alternativo corresponde al órgano de contratación que, como ya se ha dicho, debió establecerla en el anuncio de licitación y los pliegos. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el citado artículo 90.4 supone una “discriminación positiva” para estos operadores económicos que les exime de presentar cierta documentación acreditativa, pero no de satisfacer un umbral mínimo de capacidad técnica equivalente al marcado en los pliegos con carácter general y acreditable por la relación de servicios prestados, y que también debió señalar el poder adjudicador en las bases de la licitación. A juicio de este Órgano, entender lo contrario sería tanto como dejar en manos del licitador no solo la forma de acreditar la solvencia, sino también la determinación de los requisitos mínimos, lo que es contrario a los principios generales del artículo 1.1 de la LCSP (en



particular, al de igualdad de trato) y supondría extender indebidamente el alcance del régimen excepcional establecido en el artículo 90.4 de la LCSP.

#### 3.4.14 Solvencia económica y financiera acreditada por medio alternativo al solicitado en los pliegos

##### Resolución 137/2020

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

- 1) El recurrente aporta una declaración responsable en la que afirma ser una empresa de nueva creación, dado que su constitución data del 30 de mayo de 2019. La referencia solicitada por el Ayuntamiento es el “Volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas...”, por lo que debe considerarse que existe la “razón válida” a la que se refiere el artículo 86.1 de la LCSP (ver, en el mismo sentido, el artículo 87.1 a) de la LCSP, así como la letra c) de la Parte I del Anexo XII



de la Directiva 2014/24/UE, especialmente el inciso "...en la medida en que se disponga de esa información").

- 2) El medio alternativo aportado por el recurrente es un contrato de seguro. Aunque, en términos generales, esta forma de acreditación alternativa a la basada en el volumen de negocio puede ser aceptable (de hecho, el artículo 11.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contempla dicha alternativa para los casos en los que los pliegos no concretan los criterios y requisitos de solvencia económica), el documento aportado no puede considerarse "apropiado" porque no consta en él que ofrezca cobertura alguna a KOLABORAZIO ZERGADUNA, S.L., sino tan solo a una las empresas de su mismo grupo, por lo que no prueba solvencia alguna que el recurrente pueda exhibir.

#### 3.4.15 Compromiso de adscripción de medios

##### Resolución 161/2020

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



### 3.4.16 Conflicto de intereses por relación profesional previa

#### Resolución 83/2020

En síntesis, el recurrente alega dos distintos conflictos de intereses para sustentar la impugnación; a juicio de este Órgano, ninguno de ellos acredita la conexión entre el interés invocado y la pretensión ejercida propia de la legitimación activa:

a) Por lo que se refiere a la supuesta incompatibilidad por la participación en la preparación del contrato del artículo 70.1 de la LCSP, se trata de una situación que, de existir, perjudicaría evidentemente los intereses de los demás licitadores, pues implicaría una quiebra de la igualdad de trato en el procedimiento en favor del adjudicatario impugnado; sin embargo, no se percibe en qué se afectarían los intereses de la Asociación, que no participa en el procedimiento de adjudicación, más allá de la defensa de la mera legalidad.

b) En cuanto a la alegación de que el adjudicatario, por sus circunstancias personales, no puede supervisar las obras con objetividad, debe recordarse que el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE considera un caso especial de falta de solvencia el del licitador afectado de un conflicto de intereses que le impide la correcta ejecución del contrato (ver la Resolución 21/2019 del OARC / KEAO). Sin embargo, el recurrente no explica de qué forma quien vaya a ejecutar el contrato de dirección facultativa, cuyo ámbito de actuación está constreñido por el proyecto de la obra y la documentación urbanística aplicable, puede perjudicar los intereses que defiende la Asociación. La afirmación de que, por el solo hecho de haber tenido una relación profesional previa con Asolarra se da dicha situación, la cual podría dañar los intereses de los propietarios del suelo urbano afectado, es genérica, hipotética y especulativa y, por lo tanto, insuficiente para acreditar la legitimación activa (ver, por ejemplo, la Resolución 24/2019 del OARC / KEAO).



### 3.6 Habilitación profesional

#### 3.6.1 Momento en el que debe apreciarse su concurrencia

##### Resolución 27/2019

Por lo tanto, no existe duda alguna de que la autorización requerida por la cláusula específica 21.4.1 del PCAP es una exigencia legal, de derecho necesario, relacionado con la capacidad del licitador para prestar el servicio, cuya finalidad es impedir que las entidades del sector público contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar la actividad de la que se trate. En este sentido, nos encontramos ante un requisito de aptitud del contratista (artículo 65.2 LCSP).

Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP, el momento decisivo para apreciar la concurrencia de la autorización es el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, y ello con independencia del momento en que deba presentarse la acreditación correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 131/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de noviembre de 2016, nº de procedimiento 543/2015, ES:TSJPV:2016:3715). Todo ello concuerda, además, con las disposiciones de la Directiva 2014/24, que facultan al poder adjudicador a exigir a los operadores económicos a que demuestren estar en posesión de la autorización especial para poder prestar el servicio cuando, como en el supuesto que nos ocupa, dicha autorización fuera necesaria (artículo 58.2 párrafo segundo), habilitando al poder adjudicador a que esta circunstancia sea prevista como un criterio de selección para poder participar en el procedimiento de adjudicación (artículo 58.1).

Por ello, la cláusula impugnada al solicitar que la autorización deberá estar disponible en la fecha final de presentación de ofertas no incurre en infracción alguna, por lo que el motivo alegado no puede ser estimado.



### 3.7 Objeto social

#### Resolución 36/2020

La recurrente alega que el objeto social de la adjudicataria no comprende las prestaciones exigidas por la licitación, concretamente la proyección cinematográfica, y lo pone en conexión con los extremos anteriormente expuestos.

A este respecto, debe indicarse que la LCSP no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, por lo que la interpretación del artículo 66 de la LCSP debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa (ver, en este sentido, la Resolución 27/2012 del OARC/KEAO). De esta forma, constituyendo la gestión de eventos colectivos una parte del objeto de la sociedad adjudicataria, debe concluirse que las prestaciones objeto del contrato quedan incluidas dentro del ámbito de actividades de la empresa. Por otra parte, es irrelevante para el presente debate los números CNAE con los que la adjudicataria se encuentra dada de alta en el impuesto de actividades económicas, porque nada tiene que ver con la capacidad de la empresa para la prestación del contrato o con la solvencia requerida. Por todo ello, debe desestimarse el alegato de la recurrente.

## **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:



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

Este precepto, a diferencia del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (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).



## Resolución 70/2019

Lo que el PCAP denomina FASE I se configura como un concurso de ideas en el que, tal y como está configurado el procedimiento, se respeta el anonimato de los candidatos hasta la emisión del dictamen o decisión por el jurado (artículo 187.6 de la LCSP), que en este caso consiste en la selección, de entre todas las candidaturas presentadas, de las cinco mejores ideas o propuestas de proyectos de construcción. El desvelamiento de la identidad de los candidatos se efectúa tras la emisión del dictamen, mediante la apertura del sobre "A" Documentación Administrativa para calificar la capacidad y la solvencia, por lo que se cumple la finalidad que se persigue con esta forma de adjudicación, que es la de buscar la mayor transparencia y objetividad en la decisión, ya que la valoración de las ideas o propuestas de proyectos conforme a los criterios de adjudicación ha sido realizada ya por el Jurado respetando el anonimato de aquéllos. Por el contrario, dicha garantía de anonimato no es necesaria para la adjudicación del contrato de servicios, definido como FASE II en el PCAP, consistente en la redacción del proyecto de ejecución del centro polideportivo que se corresponde con el procedimiento.

(...)

La recurrente denuncia que en la denominada FASE II se asigna al criterio de adjudicación Precio 20 puntos, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 184.3 de la LCSP que exige que la valoración de las propuestas de los concursos de proyectos se refiera a la calidad de las mismas, y sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales.

Este argumento debe ser desestimado. La recurrente considera que el criterio de adjudicación Precio se refiere propiamente al concurso de proyectos, cuando del procedimiento diseñado en el PCAP se desprende que se corresponde con la contratación del servicio que de redacción del proyecto básico y de ejecución del nuevo polideportivo de Lasarte-Oria. El Anexo I del PCAP distingue los criterios de adjudicación de la Fase I, todos ellos relativos a la calidad conforme al artículo 184.3 de la LCSP (apartado A.I.4.F1 del Anexo I al PCAP) de los de la Fase II (apartado A.I.4.F2 del Anexo I al PCAP), esto es, los relativos al contrato de servicios. Es decir, los potenciales licitadores conocen de antemano por cada una de las fases en las que se divide el procedimiento, los criterios de adjudicación, su valoración y ponderación,



de tal forma que se cumple con los principios de publicidad y transparencia que deben exigirse a los procedimientos de contratación.

Además, los criterios de adjudicación señalados en el pliego para el contrato de servicios (Fase II) respetan lo dispuesto en los apartados 3, letra g) y 4 del artículo 145 de la LCSP en lo referente a que el criterio precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación y, como prestación intelectual que es, a que los criterios relacionados con la calidad deben suponer, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. En concreto, el criterio precio supone el 20 por ciento de la puntuación total por lo que no existe vulneración alguna del articulado de la Ley.

#### 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 lo 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 marco<sup>11</sup>.

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

---

<sup>11</sup> Apartado 1.1 del Documento CC/2005/03\_rev “Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica”, de 14 de julio de 2005



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 adjudicación<sup>12</sup>, 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

---

<sup>12</sup> Apartado 2.1 del Documento CC/2005/03\_rev “Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica”, de 14 de julio de 2005



establecido término o condición alguna no es posible basar en ellos la celebración del acuerdo marco; es decir, no hay un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, lo que contradice la misma naturaleza del acuerdo marco.

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

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

A juicio de este OARC/KEAO la cláusula denunciada incumple las disposiciones del art. 204.1 de la LCSP en varios aspectos: (i) se refiere a la modificación de unos términos del acuerdo marco que no se han precisado (p. ej. no figura condición alguna sobre el tamaño), (ii) no aporta precisión alguna, por ser extremadamente escueta



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

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

### Resolución 3/2019

AIR LIQUIDE estima que el hecho de que en los contratos basados se puedan valorar todos o algunos de los conceptos valorados en el Acuerdo Marco, pudiendo ser las ponderaciones distintas (ver la cláusula 39, citada en la letra a) anterior), supone



facultar al poder adjudicador para alterar los términos del Acuerdo Marco en detrimento de la seguridad jurídica y de los principios rectores del proceso de selección de las ofertas. Este motivo de recurso es similar a uno de los analizados por este OARC / KEAO en su Resolución 106/2018; en ella se señalaba que la licitación de los contratos basados se regula en el artículo 221.6) e) de la LCSP, que dispone que se adjudicarán a la empresa que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP, valorada según los criterios fijados en el Acuerdo Marco. Consecuentemente, la impugnación debe aceptarse, pues no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado, sino que todos ellos (y su ponderación, exigida en el artículo 145 al que se remite el 221.6) deben estar predeterminados en el Acuerdo Marco.

#### 4.1.3 Procedimiento negociado

##### Resolución 83/2019

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.4 a) de la LCSP, en el expediente debe justificarse la elección del procedimiento de adjudicación. A diferencia de lo que sucede en los procedimientos restringidos (salvo para los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento) y abiertos, que son de utilización ordinaria, este requisito es en este caso fundamental, pues los preceptos que facultan acudir al procedimiento negociado sin publicidad previa deben interpretarse de manera estricta, evitando que su contenido termine aplicándose a supuestos no claramente comprendidos en ella, y la concurrencia de los requisitos necesarios debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda aplicar este procedimiento (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, asunto C-385/02, ECLI:EU:C:2004:522, de 14-9-2004, apartado 19, y las que en ella se citan, así como las Resoluciones 106/2014 y 162/2018 del OARC / KEAO). En sentido análogo, el Considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece, entre otras cosas, que se trata de un procedimiento reservado a circunstancias muy excepcionales, limitadas a los casos en los que la publicación no es posible, como cuando está claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque



objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato, debiendo especificarse por qué no hay otras alternativas a este procedimiento; cuando la exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular (por ejemplo, que solo un concreto operador puede alcanzar los resultados necesarios, o la necesidad de usar recursos al alcance de una única empresa), especificando tanto dichas razones técnicas como que estas hacen absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada (ver la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2005, C-394/02, ECLI:EU:C:2005:336, apartado 34, y las que en ella se citan).

Aplicada la citada doctrina al caso planteado, este Órgano entiende, por las razones que se exponen a continuación, que no está fundada la elección del procedimiento negociado sin publicidad previa, por lo que el motivo de impugnación debe aceptarse:

1) La argumentación del poder adjudicador se basa, en primer lugar, en que GE ha justificado documentalmente sus derechos exclusivos sobre el objeto del contrato. Esta justificación es una declaración de la propia GE, que se atribuye a sí misma la condición de único representante autorizado en España por el fabricante, para la comercialización, instalación y mantenimiento de todos los productos de GE Healthcare Europe. Sin perjuicio de si dicha autorización es o no estrictamente necesaria para la correcta ejecución del objeto del contrato (extremo que no se acredita), e incluso de si es o no compatible con el derecho de la competencia (ver, por ejemplo, el artículo 2.2 c) de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia), lo cierto es que se trata de un documento que difícilmente puede tener valor probatorio alguno frente a terceros. Además, aunque el resto de su contenido señala varios aspectos que podrían ser relevantes para la ejecución de la prestación e incluso que podrían hipotéticamente hacer ventajosa una posible oferta de GE (capacidad y formación técnica del personal, disponibilidad de herramientas avanzadas, aplicación de procedimientos específicos recomendados por el fabricante, sistema logístico, etc.), no se justifica que concurren únicamente en dicha empresa ni mucho menos que obliguen inexcusablemente a adjudicar el contrato sin promoción de competencia; por el contrario, son aspectos que pueden incluirse en las diferentes fases de un procedimiento con publicidad (requisitos de solvencia, criterios de adjudicación...) o en el clausulado del contrato (prescripciones técnicas, condiciones de ejecución...).



2) El otro motivo alegado por Osakidetza es la complejidad técnica de los equipos; sin embargo, esta condición no implica, por sí sola, que la prestación solo pueda ejecutarse por un único empresario; además, deben aportarse explicaciones detalladas que demuestren la necesidad de recurrir a dicho único empresario (ver, por ejemplo, los apartados 21 y 22 de la sentencia C-385/02, antes citada), lo que el poder adjudicador no ha hecho.

### 4.3 Mesa de Contratación

#### 4.3.1 Requisitos de la válida constitución de la Mesa

##### Resolución 218/2019

Téngase en cuenta que el artículo 326 de la LCSP, que regula las mesas de contratación, no tiene carácter básico (Disposición final primera de la LCSP), por lo que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar su propia norma reguladora de la materia, que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público es el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que ha de ser de aplicación preferente en esta materia. En concreto, esta norma regula la creación y composición de las mesas de contratación y, en lo que a los miembros que han de asistir a las sesiones para que se considere que el órgano colegiado se halla válidamente constituido, su artículo 8.4 exige que estén presentes (...) quienes tengan encomendadas las funciones de presidencia, secretaría y asesoramiento jurídico del órgano de contratación. No obstante, en aquellas reuniones de la Mesa de Contratación en las que se deban adoptar decisiones técnicas relativas al objeto del contrato, su válida constitución requerirá, además, la presencia del vocal que tenga atribuida la función del asesoramiento técnico del órgano de contratación. En lo que respecta a la presencia del vocal que tiene encomendada la función de control económico el citado precepto dispone que “La asistencia del vocal representante de la Oficina de Control Económico será determinada en cada caso por el titular del referido órgano, en función de las características y naturaleza de la contratación correspondiente”, sin que exista



previsión expresa sobre la necesidad de su presencia como una regla necesaria para considerar válidamente constituido el órgano colegiado.

#### 4.3.2 La Mesa en los poderes adjudicadores que no son Administración Pública

##### Resolución 170/2019

Nos encontramos ante un contrato que ha de celebrarse por un poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la LCSP, no tiene la obligación de contar durante el procedimiento de adjudicación con una Mesa de Contratación (ver, en este sentido la Resolución 100/2016 del OARC/KEAO que, si bien referido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sus conclusiones sobre esta cuestión son aplicables al caso, así como la Recomendación de 1 de marzo de 2018 de la Junta consultiva de la Contratación Pública del Estado).

#### 4.4 Comité de expertos

##### 4.4.1 Composición del Comité de expertos

##### Resolución 162/2018

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



## Resolución 108/2019

La recurrente considera que los miembros del comité al pertenecer a las diversas OSIs de Gipuzkoa no pueden formar parte del órgano de expertos, ya que son parte de la estructura orgánica del órgano proponente del contrato (Dirección General de Osakidetza) lo que podría condicionar la necesaria independencia y objetividad a la hora de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor. El artículo 146 de la LCSP establece, al respecto, lo siguiente: Aplicación de los criterios de adjudicación. (...) La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos: a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Pues bien, del expediente se desprende que los miembros del comité pertenecen a las Organizaciones de Servicios Integrados (OSIs) de Gipuzkoa, y que el órgano proponente del contrato (y también órgano de contratación) es el Director General; a este efecto, debe entenderse por órgano proponente aquel que promueve la contratación y que interviene en el procedimiento emitiendo el informe razonado, exponiendo la necesidad de la contratación, al que se refieren los artículos 28.1 y 116.4 de la LCSP y el artículo 73 del Reglamento de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas. De acuerdo con el artículo 11 b) de los Estatutos de Osakidetza (aprobados por el Decreto 255/1997) al Director General le corresponde ejercer la dirección de todos los servicios y del personal del Ente Público. Sin embargo, de los citados Estatutos (artículo 4.2) se deduce también que la Organización Central (en la que se incluye el Director General) y cada una de las diversas OSIs constituyen unidades orgánicas diferentes, por lo que se satisface el artículo 146.2 a) de la LCSP, que exige que los miembros del Comité no estén adscritos al órgano proponente del contrato; a juicio de este Órgano, este término no alude a la ausencia de dependencia jerárquica o funcional, sino a la



prohibición de que los expertos se incluyan orgánicamente en la estructura de la unidad organizativa promotora. Consecuentemente, no se observa infracción normativa alguna, por lo que debe desestimarse esta alegación.

#### 4.4.2 Supuestos en los que debe intervenir

##### Resolución 90/2019

Alega la recurrente que al configurar los pliegos una fase eliminatoria en el procedimiento de tal forma que se hace necesario obtener como mínimo 20 puntos en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor para no ser excluido del procedimiento de adjudicación, de facto, los criterios subjetivos suponen en esa primera fase el 100% de la ponderación, por lo que se requiere la constitución de un comité de expertos cuya omisión en los pliegos implica la nulidad de pleno derecho de los mismos por obviarse un trámite esencial del procedimiento administrativo.

Esta alegación no puede aceptarse. La obligada constitución del comité de expertos procede cuando la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor tiene atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática (artículo 146.2 a) de la LCSP), y ello, independientemente de que existan fases eliminatorias. En este sentido, la norma permite el establecimiento de un umbral de puntuación mínimo a alcanzar por el licitador para continuar en el proceso selectivo, de modo que habilita la exclusión de aquellos licitadores que no alcancen la puntuación que en su caso se hubiera fijado sin necesidad de intervención del comité de expertos. En el presente supuesto, los criterios subjetivos alcanzan una ponderación del 28,57 % del total (40 puntos sobre 140), lo que excluye per se la exigencia de que la valoración de las ofertas mediante la aplicación de los criterios dependientes de un juicio de valor deba realizarse por el citado comité, puesto que la norma permite el establecimiento de un umbral de puntuación mínimo a alcanzar por el licitador para continuar en el proceso selectivo, de modo que habilita la exclusión de aquellos licitadores que no alcancen la puntuación que en su caso se hubiera fijado sin necesidad de intervención del comité de expertos.



#### 4.4.3 Organismo técnico especializado

##### Resolución 8/2020

El artículo 146.2 a) de la LCSP dispone que, en los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros (con las especialidades que para las Entidades Locales se especifican en la Disposición adicional segunda de la LCSP), o encomendar la evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Al margen de este precepto y del artículo 63.5 de la LCSP, que dispone que la designación de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor deberá publicarse en el perfil de contratante, no existe en la LCSP referencia adicional a qué se debe entender por “organismo técnico especializado”. A partir de ahí, se plantea cuáles son los requisitos que ha de cumplir una entidad para ser considerada un organismo técnico especializado:

- 1) El análisis debe partir de la finalidad que persigue la LCSP al encomendar a órganos independientes (Comité de expertos u órgano técnico especializado) la evaluación de los criterios discrecionales en el supuesto previsto en el artículo 146.2 a) de la LCSP, cuando esta función está ordinariamente atribuida, en las Administraciones Públicas, a la mesa de contratación (artículo 326.2 b) de la LCSP), órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación compuesto por personas que reúnen las garantías de objetividad, imparcialidad y posesión de determinados conocimientos técnicos. No obstante, el legislador considera que la preponderancia de los criterios sujetos a juicio de valor sobre los automáticos produce un incremento de la discrecionalidad técnica (y por tanto, del libre margen de apreciación para adjudicar el contrato) contrario al principio general legalmente previsto, que es



precisamente la preferencia por los criterios sujetos a fórmulas (artículo 146.2 de la LCSP), lo que justifica garantizar el acierto y la objetividad de la decisión mediante un sistema que afiance la separación de funciones y la capacitación técnica que ya se establece en el sistema “ordinario” mediante la participación de las mesas de contratación.

- 2) En consecuencia con lo señalado en el apartado anterior, no puede considerarse que la figura del organismo técnico especializado se satisfaga con la elaboración del informe de valoración por cualquier empresa capacitada al efecto; esta posibilidad ya está cubierta con la posibilidad general de que la Mesa solicite cuantos informes precise para apoyar su tarea de evaluación de las proposiciones (ver, por ejemplo, el artículo 146.2 b), el segundo párrafo del artículo 150.1 y el último párrafo del artículo 325.5, todos de la LCSP) y es evidente que el legislador pretende garantías adicionales o reforzadas.
- 3) A juicio de este Órgano, el término “organismo técnico especializado” evoca a una persona jurídica pública o privada que no solo posea la especialización técnica en la materia que constituye el objeto de contrato necesaria para valorar las ofertas, sino que además cuente con algún tipo de título legal, reconocimiento o acreditación que pruebe que su funcionamiento garantiza las notas de objetividad e independencia que se buscan o que invista sus opiniones de una presunción de imparcialidad y conocimiento análoga a la que merece el trabajo de los comités de expertos a los que equivalen (a modo de ejemplo, las entidades que actúan en el campo de la certificación o de realización de ensayos, los laboratorios homologados, órganos administrativos o entidades públicas especializadas, etc.).

Aplicando estas consideraciones al asesoramiento prestado por INGUBIDE, debe entenderse que el órgano de contratación no encomendó la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor a un organismo técnico especializado. INGUBIDE, S.L. es una sociedad de capital que opera en el mercado ofertando servicios técnicos de ingeniería y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico como otra mercantil más, sin que se haya acreditado en el expediente, más allá de su objeto social y la titulación académica y experiencia de quienes han



elaborado el informe, cuál es el título que le caracteriza como organismo técnico especializado. En este sentido, este OARC/KEAO considera que el poder adjudicador ha acudido a su asesoramiento sobre la base del citado artículo 146.2.b) de la LCSP, que faculta a la mesa de contratación a solicitar informes técnicos en su función de valoración de las ofertas, como prueba el hecho de que dicho órgano colegiado ha asumido expresamente el informe técnico, asunción que es innecesaria cuando tal función se atribuye al comité de expertos o a un organismo técnico especializado. Por otro lado, como ya se ha señalado en el apartado a) anterior, tampoco se ha efectuado en los pliegos una designación expresa en este sentido, como pide el artículo 146.2 a) de la LCSP, lo que igualmente impide considerar a la empresa como el organismo técnico especializado al que se atribuye la citada valoración; téngase en cuenta que la objetividad e imparcialidad en la evaluación justifican la obligación de que el organismo se designe en los pliegos de la licitación y se publique en el perfil de contratante, al objeto de que su idoneidad pueda ser verificada y, en su caso, impugnada por los eventuales licitadores.

#### 4.5 Otros trámites del procedimiento

4.5.1 Elaboración del informe de valoración por un técnico municipal que no ha participado en la elaboración del PPT

##### Resolución 65/2020

La recurrente alega que la realización del informe de valoración por parte del aparejador cuando este ha participado en la elaboración del PPT infringe la LCSP. Este argumento debe ser desestimado, por las siguientes razones: (i) En la presente licitación no es preceptiva la participación del Comité de Expertos, pues la ponderación de los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor es inferior al 50%, por lo que no es aplicable el apartado 8º de la Disposición Adicional Segunda de la LCSP invocado por la recurrente; (ii) el aparejador municipal no forma parte del Mesa de Contratación según se desprende del expediente administrativo remitido, cumpliendo con lo establecido en el artículo 326 de la LCSP; y (iii) este mismo artículo limita la prohibición de la emisión de informes de valoración a los cargos públicos representativos y al personal eventual, situaciones que no concurren en la persona



del aparejador municipal. En este mismo sentido ya se pronunció el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/2018 en el que se señala: En consecuencia, los informes de valoración podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción del pliego técnico, con pleno respeto al deber de independencia y objetividad que como empleados públicos les atañe.

#### 4.5.2 Conflicto de intereses del evaluador

##### Resolución 63/2020

Este Órgano ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, en este sentido, su Resolución 85/2018 y la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea que en ella se cita y su Resolución 127/2018), que el riesgo de conflicto de intereses ha de ser efectivamente constatado tras una valoración de la oferta y de la situación del licitador, debiéndose verificar la existencia de un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores; en todo caso, la situación de conflicto ha de ser real, no hipotética, y la medida que se adopte para remediarla debe ser proporcionada. Así, el OARC / KEAO ha apreciado la existencia de un conflicto de intereses entre quien por encargo del poder adjudicador ejerce de examinador objetivo e imparcial de las ofertas y además colabora en un contrato vigente con uno de los licitadores evaluados (Resolución 70/2015), o en el funcionario del poder adjudicador que participa en varias fases del procedimiento de adjudicación (especialmente en la elaboración del informe técnico sobre criterios valorables mediante juicios de valor) y del que se constata que ha facilitado información a la adjudicataria (Resolución 31/2017). Por el contrario, ha considerado que no puede descalificarse a priori la intervención de una persona en la evaluación de las ofertas en un procedimiento de adjudicación por un presunto conflicto de intereses con operadores económicos que todavía no han presentado su oferta (Resoluciones 18/2015 y 127/2018).

El recurrente considera que hay un conflicto de interés entre quien ha emitido el informe técnico en el que se ha basado la mesa de contratación para la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y la adjudicataria del contrato, por ser ambas distribuidoras oficiales de la marca Vitra y por ser la autora del informe de



evaluación manifiesta admiradora de dicha marca y declarar que lucha contra las copias y productos no originales. Ambos argumentos han de ser desestimados por este OARC / KEAO:

- 1) las supuestas declaraciones admirativas sobre la marca Vitra y de lucha contra productos no originales se tratan, en todo caso, de expresiones de una opinión que, para que tuvieran relevancia, deberían tener una estrecha vinculación con lo actualmente debatido que es el informe de valoración y su sesgo favorable hacia una marca de mobiliario determinada frente a otras, lo cual no se observa en este supuesto. Por el contrario, las referencias a la marca Vitra ni figuran en el PPT ni en el informe de valoración siendo relevante que todas las empresas licitadoras, entre las que se encuentra la recurrente, y no sólo la adjudicataria, han ofertado productos de la marca Vitra.
  
- 2) la recurrente sustenta su afirmación de que la autora del informe de evaluación es distribuidora de la marca VITRA y, por consiguiente, tiene un conflicto de interés, en la captura de una pantalla de una red social en la que figura un comentario ambiguo a este respecto. Por el contrario, el poder adjudicador niega este extremo y, como sustento de dicha afirmación, se remite a la dirección web de Vitra en la que se puede consultar el listado de sus distribuidores (<https://www.vitra.com/es-es/find-vitra>). A este respecto, se debe recordar que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar además de los argumentos, los medios probatorios que permitan acreditarlos (ver, en este sentido la Resolución 210/2019) y, en este supuesto, la afirmación de la recurrente viene desmentida por el contenido de la página web de Vitra.



## 5. Pliegos del contrato

### 5.1 Cuestiones generales

#### 5.1.1 Correcta definición del objeto

##### Resolución 138/2018

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

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

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

##### Resolución 162/2018

El recurrente alega que el lote 1 del presente expediente de contratación está licitado y adjudicado a la propia recurrente mediante el Acuerdo Marco para el suministro de



equipos de infusión para las OSIs de Osakidetza. El propio poder adjudicador confirma dicha circunstancia, por lo que existe una infracción de la LCSP, que sostiene el principio de que los contratos a él sujetos deben tener como finalidad el interés general, que debe acreditarse concretamente para cada uno de ellos (artículo 28.1 LCSP). En este sentido, es claro que, por amplia que sea la discrecionalidad que asiste al poder adjudicador para determinar el modo más idóneo de satisfacer dicho interés, nunca ampararía la duplicidad de objeto, porque ello significaría una doble asignación de recursos públicos para atender la misma necesidad (ver, por ejemplo, las Resoluciones 18 y 52/2015 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse.

#### Resolución 186/2018

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



## Resolución 87/2019

A la vista de lo anterior, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello, las cuales deben partir de lo establecido en la sentencia 230/2018, que resuelve litigios similares al ahora analizado; en concreto, es necesario verificar los motivos alegados por el poder adjudicador para proceder a la contratación impugnada y contrastarlos con los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan la externalización (Decreto 106/2008 y Acuerdo de Mesa General).

### a) Sobre la motivación de la necesidad de la contratación

En síntesis, Osakidetza indica en la memoria de inicio del procedimiento de adjudicación que la contratación es obligada por la alta especialización técnica necesaria para la ejecución del contrato, que supera con mucho la que precisa el personal propio para sus tareas habituales, siendo inconveniente e imposible la reorganización de dicho personal. Asimismo, se alega, como argumento para medir la excepcionalidad de la externalización, el escaso importe del contrato en relación con el gasto global del contrato de limpieza integral del Hospital que fue anulado por la Resolución 45/2017 del OARC / KEAO.

### b) Sobre el alcance de la limitación de la externalización

A falta de la interpretación que las partes signatarias dan a los Acuerdos, plasmada en los foros bilaterales en ellos previstos (ver, por ejemplo, la Comisión de Seguimiento señalada en el punto 6.4 del Acuerdo de Mesa General), deben formularse las siguientes observaciones al respecto:

#### b 1) Sobre la sentencia 230/2018

De esta sentencia son especialmente interesantes, por su aplicación al caso concreto, los siguientes aspectos:

- como bien señala Osakidetza, la base del sentido de la sentencia no es la infracción de los acuerdos de negociación colectiva (los motivos planteados al respecto quedan



“imprejuzgados”, según señala el Fundamento jurídico sexto), sino la omisión en el expediente de la preceptiva motivación de la necesidad del contrato, exigida por los artículos 22.1 y 109.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (equivalentes a los actuales artículos 28.1 y 116.4 e) de la LCSP), cuestión planteada por el propio Tribunal (ver el Fundamento jurídico quinto de la sentencia 230/2018).

- la motivación de la externalización de los servicios debe ser especialmente rigurosa habida cuenta de que se ha asumido “un claro compromiso de prestarlos a través de medios propios, y según sostienen los sindicatos recurrentes, cuenta con personal para llevarlos a cabo”.

- la sentencia abre la posibilidad, en su Fundamento jurídico quinto, de que Osakidetza pueda invocar en el expediente de contratación alguna circunstancia específica concurrente que pueda motivar la excepcionalidad que permitiría las contrataciones de servicios que tengan por objeto actividades no implantadas o que implantadas no estuvieren contratadas a fecha 1 de enero de 2010 (fecha de inicio de la vigencia del Acuerdo de Mesa General). A juicio de este Órgano, ello implica que el TSJPV parece entender que la prohibición de externalización admite excepciones debidamente justificadas, dado que, de lo contrario, sería completamente irrelevante reprochar la falta de una motivación que, de aportarse, tampoco permitiría fundamentar una contratación incluida en el ámbito objetivo de los Acuerdos.

## b 2) Sobre las finalidades de la limitación de la externalización

Es oportuno recordar que dicha limitación obedece a dos finalidades. En primer lugar, responde a una cierta concepción del sector público que opta por la asunción de los servicios a los ciudadanos con personal propio como un “valor preferente” (Acuerdo de la Mesa General) o como una muestra de la apuesta por un “sistema global de nuestro sistema sanitario” (Decreto 106/2008); además, desde el punto de vista sindical, se trata de dar estabilidad y mayores posibilidades de promoción y movilidad a los empleados públicos (o aspirantes a serlo) que desempeñen las funciones objeto de externalización.



c) Sobre la suficiencia de la motivación de la externalización

A juicio de este OARC / KEAO, la justificación de Osakidetza, analizada en su globalidad y desde la perspectiva señalada en las letras a) y b) anteriores, es suficiente para sustentar la legalidad del acceso a la externalización en este caso concreto por las razones que se exponen a continuación:

1) Habida cuenta de que se trata de una actividad puntual y de escasa importancia económica si se considera dentro de la totalidad de los servicios de limpieza que precisa el Hospital, que además no repercute directamente en la atención a la ciudadanía, no parece que la externalización sea incompatible con la visión de los servicios públicos que los acuerdos dicen defender.

2) La alta especialización necesaria para la ejecución del contrato permite descartar razonablemente la posibilidad de que el personal propio realice las funciones descritas en el contrato o que vaya a procederse a una ampliación o reorganización de la actual plantilla y de las funciones atribuidas a los actuales puestos. Debe tenerse en cuenta que la prestación que se pretende contratar y que el recurrente estima que podría asumirse por el personal propio, en los términos en los que discrecionalmente la ha configurado Osakidetza, requiere cualificación específica en destrezas tales como el trabajo en altura, manejo de medios técnicos de los que no dispone Osakidetza, seguridad y prevención o uso de productos de limpieza tóxicos.

Resolución 212/2019

En las resoluciones anteriormente citadas el OARC/KEAO ha concluido que, en lo que respecta a la delimitación del objeto del contrato, los Acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de ciertos servicios son parte del “fondo parcialmente reglado” que el poder adjudicador debe respetar cuando ejerce su potestad discrecional de autoorganización para determinar si presta un servicio con sus propios medios o con medios ajenos, y cuya infracción es parte del núcleo material del acto discrecional que forma parte del control de legalidad atribuido al recurso especial.



## Resolución 50/2020

Si bien el Órgano de contratación goza de discrecionalidad en el momento de configurar el objeto del contrato (artículo 99 de la LCSP) esta libertad no puede ser tan amplia que no identifique las necesidades a satisfacer mediante la celebración del contrato. A este respecto, son varios los preceptos de la LCSP en los que se impone al órgano de contratación esta obligación que obedece a la finalidad de que el contrato que se licite esté debidamente meditado y planificado. Así, el artículo 1 de la LCSP exige que la contratación de servicios defina previamente las necesidades a satisfacer, el artículo 28.1 de la LCSP exige que la documentación preparatoria del contrato determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato, el artículo 67.2.b de la LCSP exige, como uno de los datos que debe contener el pliego de cláusulas administrativas particulares, el de las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y el artículo 145.4 de la LCSP dispone que los órgano de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura. Llegados a este punto, se observa que en el contrato que nos ocupa son varios los principios de la contratación pública infringidos y que dan lugar a la estimación del recurso:

- 1) Se pretende la redacción de un proyecto de ejecución de una obra pública cuyo uso y destino se desconoce al momento de la convocatoria de la licitación, siendo posible que cubra necesidades de lo más dispares como la de servir de museo, restaurante-alojamiento o centro náutico polifuncional, que requerirán cada una de ellas de una solución arquitectónica diferente. Consecuentemente, se puede afirmar que el objeto del contrato carece de la certeza necesaria porque no existe, como ya se ha indicado, una definición previa de la necesidad a satisfacer (artículo 1 de la LCSP) entendida ésta en el contrato que nos ocupa como la identificación del destino del bien a restaurar o rehabilitar. Téngase en cuenta que la determinación supone que haya identificabilidad y, con la excepción de una preferencia por la opción 2 (con su correspondiente alternativa), los documentos contractuales proyectan incertidumbre acerca del



destino del edificio y, consecuentemente, sobre la realidad sobre la que debe versar el proyecto de obra a cuya ejecución se compromete el licitador en caso de ser adjudicatario.

- 2) La falta de determinación se proyecta sobre todo el procedimiento de adjudicación. En concreto, (i) sobre las prescripciones técnicas que no definen las funcionalidades a satisfacer por la prestación demandada lo que impide que el licitador conozca si lo que finalmente deberá proyectar será una obra de restauración por haberse decidido mantener la función original del edificio si se opta por la opción 1 (artículo 232.6 de la LCSP) o una obra de rehabilitación (artículo 232.7 de la LCSP) si se opta por el resto de las soluciones propuestas en las que se otorga al edificio una nueva funcionalidad diferente a la original, (ii) sobre el plazo de ejecución y el presupuesto base de licitación ya que el contenido del proyecto podrá ser diferente según la funcionalidad a la que finalmente se decida destinar el edificio, (iii) sobre los criterios de adjudicación, ya que al no estar definidas las necesidades a satisfacer y debiendo versar la oferta sobre la profundización de un documento que propone hasta un total de cinco alternativas divergentes, conceden al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada entre las propuestas presentadas, lo cual es contrario al artículo 145.5.b de la LCSP, y (iv) sobre la oferta que ha de realizar el licitador, que se encuentra frente a unas reglas de presentación de la oferta y adjudicación del contrato que no son claras y transparentes.
  
- 3) La inconcreción del objeto del contrato se plasma muy visiblemente en el criterio de adjudicación “Memoria técnica” que en el criterio secundario “Análisis de la documentación existente” valora la profundización en el análisis y nivel de estudio del “Informe previo” (hasta 8 puntos) y la calidad urbanística formal y de implantación de la propuesta, el diseño y soluciones planteadas (hasta 6 puntos). Esto es, el criterio versa sobre el examen de un documento del año 1992 que propone varias opciones de uso o destino del edificio a proyectar y los licitadores en sus ofertas deben analizarlas todas por lo que, en realidad, la oferta contractual versa sobre el análisis de las diversas funcionalidades a las que se ha de destinar el edificio, no sobre una propuesta de un proyecto de ejecución de la obra, por lo que es razonable concluir que el destino de la obra



a proyectar se decidirá una vez adjudicado o formalizado el contrato. A este respecto, debe recordarse que la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes es un principio básico del derecho de obligaciones (artículo 1.256 del Código Civil). Asimismo, el artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que los contratos no pueden quedar, en general, supeditados a indicaciones del poder adjudicador posteriores a su perfección, lo que se produce en este caso si la función del edificio se define con posterioridad a su adjudicación o formalización (ver, en este sentido, la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO).

#### Resolución 93/2020

Finalmente, debe recordarse que la discrecionalidad del poder adjudicador para fijar el objeto del contrato no está limitada por el contenido de contratos anteriores similares (ver, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 70/2018 del OARC /KEAO).

#### 5.1.2 División en lotes

#### Resolución 98/2018

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

#### Resolución 175/2018

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



naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, debiéndose justificar debidamente en el expediente la opción de no dividir. A partir de esta consideración, este Órgano únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad, (ii) si comprobara que la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o (iii) si constara la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

### Resolución 3/2019

El artículo 99.3 de la LCSP es claro en establecer que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, si bien el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el contrato cuando existan motivos válidos que deberán justificarse debidamente en el expediente. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de no dividir, por lo que no es posible sustituir este trámite por una justificación posterior; además, dicha motivación posterior no cumpliría con la función de informar de las razones discrecionalmente empleadas por el poder adjudicador para optar por la no división para, en su caso, poder ser impugnados por los interesados (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO) o poder este Órgano verificar su legalidad. De acuerdo con el artículo 99.3 de la LCSP, la obligación de motivación solo sería inaplicable cuando de la misma naturaleza u objeto de la prestación se desprenda la imposibilidad material de la división, lo que no sucede en este caso, en el que, a la vista del PPT, el contrato podría, en principio, separarse con criterios, por ejemplo, territoriales (campus universitarios) o funcionales (tamaño, molécula...), sin perjuicio de que, a pesar de ello, la UPV / EHU pudiera haber alegado argumentos válidos para adjudicar el contrato sin división (ver las letras a) y b) del artículo 99.3 de la LCSP).



### Resolución 12/2019

A falta de dicha explicación, este Órgano considera que la división practicada es artificiosa, como se desprende del hecho de que en el lote 1 está comprendida la “planificación y ejecución de acciones” que faciliten la “apertura y disponibilidad” de los espacios e instalaciones en los que va a ejecutarse la prestación que constituye el objeto del lote 2; es decir, la división no permite la “realización independiente” característica de cada uno de los lotes, tal y como exige el artículo 99.3 de la LCSP; por el contrario, prevé la realización simultánea e interdependiente o subordinada de ambos, de modo que el lote 2 no puede ejecutarse si, por ejemplo, el contratista del lote 1 incumple sus obligaciones contractuales. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que los pliegos condicionen la formalización de dicho lote 2 a la del lote 1, de modo que, de quedar desierto este último, no se formalizaría la adjudicación del primero. Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

#### 5.1.3 Requisitos de las modificaciones previstas

### Resolución 152/2018

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

Ahora bien, el citado anuncio del DOUE conculca el contenido del artículo 204 de la LCSP en dos aspectos; el primero, en lo referente al porcentaje máximo de la modificación prevista, ya que el límite marcado por el precepto legal es del 20 por ciento, no del 25 por ciento, y el segundo, en lo referido a la base respecto de la que se calcula dicho porcentaje, que debe ser el precio inicial y no el presupuesto de contrato, que es una expresión que conecta con la de presupuesto base de licitación,



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

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



#### 5.1.4 Documentos incluidos en el concepto de “pliegos”

##### Resolución 112/2018

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



susceptible de impugnarse mediante el recurso especial. Esta actuación infringiría los principios de transparencia e igualdad, que requieren que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2015 del OARC / KEAO), lo que afecta a sus modificaciones, que deben tener la misma publicidad, en medios y forma, que el anuncio inicial.

#### Resolución 157/2018

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

#### Resolución 92/2019

A juicio de este OARC/KEAO esta información tiene el carácter de vinculante para los participantes en el procedimiento de adjudicación y para el poder adjudicador, a pesar de que la cláusula 14 del PCAP no establezca que las respuestas facilitadas a las



aclaraciones solicitadas tendrán el carácter de vinculantes (último párrafo del artículo 138.3 de la LCSP), por las siguientes razones:

- La información publicada por el poder adjudicador es una mera aclaración, pues se limita a esclarecer las dudas manifestadas por un concreto licitador, sin introducir alteración o modificación alguna a la información contenida en el PCAP.
- La aclaración publicada por el poder adjudicador es un documento adicional que fija los términos del procedimiento de adjudicación (se refiere a la forma de presentar la proposición), por lo que entra dentro de la amplia definición de “pliego de contratación” efectuada en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional.
- La respuesta facilitada a la consulta efectuada por un licitador se ha publicado en el perfil de contratante, para general conocimiento del consultante y los potenciales licitadores, en el plazo establecido en el art. 138.3 de la LCSP y ha generado en ellos una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajustará a lo manifestado.
- Esta información no ha sido recurrida en tiempo y forma, por lo que su contenido rige la licitación, vinculando al poder adjudicador y a los operadores económicos que participan en ella.

### Resolución 3/2020

Tal y como ha manifestado este OARC / KEAO en su Resolución 008/2016 «(...) el anuncio de licitación, además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y de dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, es un auténtico documento contractual en cuanto contiene los términos que han de regir el procedimiento de contratación, como reconoce ahora expresamente el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se



deroga la Directiva 2004/18/CE (ver, en este sentido, el Acuerdo 107/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón).» En este sentido, tanto el PCAP como los anuncios de licitación son objeto del recurso especial en materia de contratación en un plano de igualdad, como se deduce del artículo 44.2 a) de la LCSP (ver, en este sentido, la Resolución 93/2016 de este OARC/KEAO).

### Resolución 127/2020

A la vista de la peculiar ubicación de la prescripción técnica impugnada (Memoria justificativa), debe indicarse con carácter previo, que en virtud de lo establecido en el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública debe considerarse “pliego de contratación” todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, de forma que la remisión que la cláusula 22.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) hace al apartado 7 de la memoria justificativa permite considerar a esta, a todos los efectos, pliego contractual y, por lo tanto, acto recurrible y, en su caso, anulable

#### 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

##### Resolución 66/2019

Pues bien, de la simple lectura de la “aclaración” se desprende que el contenido de la nota no se limita a esclarecer las dudas manifestadas por los licitadores, sino que establece unas reglas no reflejadas con anterioridad en el pliego. En concreto, limita los certificados a que sean oficiales y expedidos por entidades públicas, cuando de la dicción literal del criterio de adjudicación no se desprende tal conclusión; se indica que se valorarán certificados en calidad lingüística. De este modo, se limita el tipo de certificados en calidad lingüística a la hora de proceder a la valoración de las ofertas,



lo que supone una mayor restricción del criterio que resulta sustancial, hasta el punto de que los certificados emitidos por entidades privadas no serán puntuados.

Se trata, pues, una modificación de las bases de la licitación y no una simple interpretación o aclaración, lo que supone una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236) con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma a lo largo de todo el procedimiento y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO). De acuerdo con ello, los artículos 122.1 y 124 de la LCSP exigen que las modificaciones de los pliegos posteriores a su aprobación por razones diferentes al mero error material, de hecho o aritmético, conlleven la retroacción de actuaciones.

En el presente caso, se han modificado condiciones esenciales de la licitación (criterio de valoración) sin la debida publicidad (DOUE), conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP, por lo que el mero transcurso del tiempo sin haber actuado contra la supuesta aclaración, que en realidad disfraza una modificación de los pliegos, no puede ser opuesto a la recurrente, quien confía en que una alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que



se le ha dado al documento inicial, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación. Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

Por tanto, debe concluirse que una actuación como la efectuada por el poder adjudicador resulta contraria al principio de transparencia y al de seguridad jurídica lo cual supone que la valoración del certificado de calidad lingüística efectuada conforme a la modificación irregular efectuada con posterioridad a la aprobación de los pliegos ha de anularse, debiéndose retrotraer las actuaciones para la realización de una nueva valoración del certificado de calidad lingüística aportado conforme a la dicción inicial del criterio de adjudicación.

#### Resolución 112/2019

El recurrente estima que es recomendable que se actualice la cláusula específica 29 del PCAP con la mención de la legislación vigente en materia de protección de datos personales. Con independencia de que del tenor literal de la alegación no se deduce claramente su carácter impugnatorio, este Órgano estima que, como bien señala el poder adjudicador, la incidencia es un error material susceptible de subsanación en los términos establecidos en el artículo 122 de la LCSP; en especial, debe tenerse en cuenta que los pliegos no pretenden crear obligaciones contractuales, sino mencionar la legislación aplicable, aunque en este caso lo hagan erróneamente, la cual vincula al contratista por su propia fuerza obligatoria y a pesar de dicho error.

#### Resolución 113/2019

Debe descartarse que nos encontremos ante un mero error material de los que pueden corregirse en cualquier momento de oficio o a instancia del interesado (artículos 109.2 de la LPAC y 124 de la LCSP), especialmente porque esta figura no comprende los supuestos en los que la apreciación del presunto error depende de datos que no figuran ni pueden deducirse del contexto del acto, sino que deben ser extraídos de una fuente ajena a él, como es, en este caso, la adscripción efectiva de los vehículos



al servicio (ver, por ejemplo, las Resoluciones 180 y 183/2018 del OARC / KEAO), ni aquellos cuya rectificación da lugar a un acto con un contenido distinto.

Consecuentemente, en cuanto advirtió la incidencia, el poder adjudicador debió aplicar el artículo 124 de la LCSP y modificar el PPT, retrotrayendo actuaciones. Para llegar a esta conclusión no es necesario que este OARC / KEAO determine si la infracción fue o no determinante de la adjudicación impugnada, pues lo relevante es que los pliegos que han regido la licitación no contenían, como pide el artículo 122.2 de la LCSP, el verdadero alcance de los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, el cual solo era conocido por uno de los licitadores, lo que vicia todo el procedimiento de adjudicación.

FCC y el poder adjudicador alegan que el recurrente pudo tener conocimiento de la existencia de los tres vehículos omitidos en el Anexo I del PPT y de su condición de disponibles para la ejecución del contrato mediante la información posterior publicada en la Plataforma de Contratación o en la visita de inspección ofrecida a los licitadores en el apartado 8 del PPT y a la que la UTE no asistió. Estas alegaciones no son aceptables. Por mucha relevancia jurídica que pueda tener la información publicada en la Plataforma para aclarar diversos aspectos de la documentación contractual o del procedimiento de adjudicación, no puede sustituir a la modificación de los pliegos y la retroacción de actuaciones, único remedio de la omisión impugnada, como ya se ha señalado en la letra b) anterior; mucho menos puede reprochársele al recurrente que no haya sabido entender que dicha información debía integrarse con los pliegos originales modificando su alcance, lo que además supera con mucho lo que puede hacer una mera aclaración. En este sentido, la Resolución 66/2019 del OARC / KEAO señalaba que modificar los pliegos mediante una simple interpretación o aclaración supone una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236). En el presente caso, condiciones esenciales de la licitación (referidas a las obligaciones asumidas por la Mancomunidad) no han tenido la debida publicidad, conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato,



además del ya citado artículo 124 de la LCSP, por lo que no cabe oponer al recurrente las citadas aclaraciones; por el contrario, este debe confiar en que cualquier alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial (especialmente, la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea). Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

#### Resolución 185/2019

Es claro que el contenido de la nota aclaratoria trasciende con mucho del propio de una simple aclaración de cláusulas ambiguas o dudosas del PPT y supone, de hecho, una modificación muy sustancial de este documento contractual, hasta el punto de que desvirtúa la importancia de sus especificaciones, haciendo que ofertas inadmisibles con la redacción original puedan pasar a ser aceptables. Consecuentemente, se ha infringido el artículo 124 de la LCSP, que establece que el PPT solo puede ser modificado con posterioridad a su aprobación por error material, de hecho, o aritmético (lo que no sucede ni tampoco se invoca en ningún momento por el poder adjudicador) o, en cualquier otro caso, mediante la retroacción de actuaciones (que no se ha producido). La consecuencia de esta irregularidad es que el órgano de contratación no puede oponer una modificación esencial con apariencia de aclaración a los licitadores que han confiado en la inalterabilidad de los pliegos y en que cualquier cambio en los mismos se ajustaría al procedimiento correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 113/2019 del OARC / KEAO).

#### Resolución 097/2020

- 2) El artículo 122.1 de la LCSP establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético y que, en cualquier otro caso, dicha modificación conllevará la retroacción de actuaciones. Aunque el anuncio de licitación, en el que figura el plazo de presentación de ofertas, no



es formalmente parte del PCAP, esta limitación a su modificación le es también aplicable; debe tenerse en cuenta que los anuncios de la licitación se incluyen expresamente en el amplio concepto de “pliego de la contratación” definido en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE porque también determinan ciertos elementos de la contratación o el procedimiento como, precisamente, el plazo de presentación de ofertas (ver, por todas, la Resolución 4/2020 del OARC / KEAO, que recuerda que el anuncio es un “documento contractual”).

- 3) Por otro lado, el artículo 122.1 no es sino una manifestación de dos principios generales de la contratación pública y del procedimiento de adjudicación, los de publicidad e igualdad de trato y no discriminación (artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24/UE), que prohíben que los elementos fundamentales del procedimiento (como el plazo de presentación de proposiciones), en cuya estabilidad confían los operadores económicos, se puedan alterar por el poder adjudicador una vez iniciado éste fuera de los casos legalmente previstos y con el cauce procedimental, la publicidad y las consecuencias legalmente exigidas (ver, por ejemplo, la Resolución 211/2019 del OARC / KEAO). En este sentido, por lo que se refiere al plazo de presentación de ofertas, el artículo 136.2 de la LCSP solo prevé la modificación del plazo de presentación de ofertas para ampliarlo, y únicamente en los casos en los que no se hubieran atendido los requerimientos de información a los que se refiere el artículo 138.3 LCSP o se hubieran introducido modificaciones significativas en los pliegos; por el contrario, no se contempla la posibilidad de reducir el citado plazo. A juicio de este Órgano, esta reducción supondría permitir que el poder adjudicador pudiera perjudicar a los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato y que han confiado en la permanencia del plazo de presentación, al privarles de parte del tiempo del que confiaban disponer para elaborar y presentar su proposición, beneficiando a las empresas que ya la han presentado cuando se efectúa la reducción.

#### Resolución 160/2020

En lo que se refiere a este motivo de impugnación, el poder adjudicador admite en su informe de contestación al recurso que las fichas técnicas del punto 15 del PPT



contenían alguna referencia confusa a la hora de presentar las ofertas, lo que justificaría la publicación de otras corregidas, pero sin que ello sea una modificación significativa que deba suponer la ampliación del plazo de presentación de proposiciones. Esta alegación no es aceptable; de acuerdo con el artículo 124 de la LCSP, los pliegos de prescripciones técnicas particulares solo podrán ser modificados por error material, de hecho o aritmético, y en otro caso, dicha modificación conllevará la retroacción de actuaciones. Como reconoce el propio Ayuntamiento, la corrección no obedece a uno de estos errores, por lo que es claro que, en cuanto advirtió la irregularidad, el órgano de contratación debió proceder a la retroacción de actuaciones para la aprobación de un nuevo pliego con los contenidos que se han incluido como simples aclaraciones. Debe señalarse que el artículo 136.2 de la LCSP no se opone a esta conclusión. Este precepto, en síntesis, permite ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, “sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124”. A juicio de este Órgano, la norma debe entenderse en el sentido de que autoriza la ampliación del plazo cuando se cumplan los dos siguientes requisitos, el primero de los cuales no se satisface por el acto impugnado:

- 1) Que la modificación obedezca a la corrección de un error material, aritmético o de hecho. Esta conclusión se deduce de la literalidad del propio precepto, que señala que su contenido no supone una excepción o alteración del sentido del artículo 124 de la LCSP (“sin perjuicio...”), el cual es claro en establecer la necesidad de la retroacción de actuaciones para cualquier modificación del PPT, salvo que se justifique por la corrección de uno de estos errores. Como ya se ha indicado, este último supuesto no se da en el caso analizado.
- 2) Que la modificación sea “significativa”, citando la norma un listado no exhaustivo (como se deduce de la mención “en todo caso”) en el que figura, entre otros supuestos, el cambio o variación del objeto del contrato, que es plenamente aplicable a la modificación impugnada; debe añadirse que, en última instancia, el mismo poder adjudicador afirma en su informe que las fichas técnicas originales podían dar lugar “a confusión a la hora de presentar las proposiciones”, por lo que no puede dudarse de la relevancia del cambio para los operadores económicos interesados en el contrato.



Este Órgano entiende que el carácter significativo es el que diferencia los errores materiales, aritméticos o de hecho recogidos en el artículo 136.2 de la LCSP de los errores de la misma categoría mencionados en el artículo 124 de la LCSP, y lo que justifica el distinto tratamiento jurídico de ambos a pesar de que en ninguna de las dos procede la retroacción de actuaciones: si en el primer caso la corrección efectuada debe acompañarse de la ampliación del plazo de presentación de ofertas, en el segundo es suficiente con la aplicación de lo dispuesto en dicho precepto.

Por todo lo anterior, ha de entenderse que el poder adjudicador debió retrotraer actuaciones para la alteración de las fichas técnicas, según lo establecido en el artículo 124 de la LCSP. Debe recordarse que el OARC / KEAO ha establecido que modificar los pliegos mediante una simple interpretación o aclaración supone una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236). De ello se deduce que los operadores económicos deben confiar en que cualquier alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial (ver, por todas, la Resolución 113/2019 del OARC / KEAO).

#### 5.1.7 Motivación de distintos aspectos del expediente

##### Resolución 162/2018

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



(...)

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

#### Resolución 166/2019

Debe señalarse que la memoria que da cumplimiento al mandato de los artículos 116.4 c) y 146.2 de la LCSP sobre justificación de los criterios de adjudicación en general, y de los sujetos a fórmula en particular, no especifica las razones de la elección de la Administración. No obstante, este Órgano ya ha señalado (ver, por ejemplo, su Resolución 95/2019) que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que contiene las razones de su oposición a la citada fórmula.

#### 5.1.8 Régimen jurídico de los contratos mixtos

#### Resolución 202/2019

Téngase en cuenta que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 18.1 a) de la LCSP, la determinación del régimen jurídico del contrato mixto que comprenda en parte servicios especiales del anexo IV, y en parte otros servicios, se efectuará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios.



Dado que en el presente contrato no existe una estimación separada del valor económico de ambas prestaciones, debemos acudir a lo establecido en PPT donde se observa que los servicios profesionales de asesoramiento de carácter fiscal tienen una relevancia cuantitativa y cualitativa muy inferior a las estrictamente jurídicas.

### Resolución 142/2019

1) El contrato mixto se define en el artículo 18.1 de la LCSP como aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. La regulación sobre esta categoría tiene dos finalidades:

- por un lado, impedir que la configuración del contrato con obligaciones propias de dos o más tipos contractuales ampare una amalgama de prestaciones sin sentido económico o funcional en perjuicio o beneficio de operadores interesados en la adjudicación (artículo 18.1 en relación con el artículo 34.2 de la LCSP; ver también la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).

- por otro lado, dado que, en general, la inserción del contrato en un tipo de los definidos en la LCSP u otras normas lleva aparejada la sujeción a unos preceptos concretos para cuestiones como los medios de acreditación de la solvencia técnica, la preparación y el procedimiento de adjudicación del contrato o sus efectos, cumplimiento y extinción, se trata de determinar el régimen legal aplicable cuando en el mismo negocio jurídico confluyen prestaciones incardinables en tipos distintos; este régimen se fija mediante las reglas contenidas en el artículo 18 y concordantes de la LCSP.

2) A la vista del apartado anterior, se puede afirmar que, en sentido estricto, el “contrato mixto” no es un tipo contractual definido por la naturaleza de las prestaciones que lo caracterizan, como sí lo son, por ejemplo, las figuras recogidas en el artículo 12.1 de la LCSP que, en correspondencia con dicha naturaleza, tienen un estatuto legal propio y determinado, compuesto por normas prefijadas. Por el contrario, se trata de un concepto instrumental que el legislador utiliza para dotar de un régimen jurídico cierto a los contratos que presentan elementos propios de varios de dichos tipos y a los que, consecuentemente, no se les puede aplicar automáticamente la normativa



propia de alguno de ellos. Por lo tanto, tampoco hay propiamente una incorrecta calificación jurídica que suponga algún vicio de invalidez de los pliegos solo por el mero hecho de que, nominalmente, el negocio jurídico no se proclame expresamente como “mixto”. No obstante, dicha infracción sí se produciría, con independencia de la calificación formal adoptada, si la documentación contractual incluyera contenidos contrarios a los que se deducirían de la aplicación de las reglas del artículo 18 de la LCSP (por ejemplo, si se aplicaran erróneamente los umbrales de armonización del contrato de suministro del artículo 21 en lugar de los del contrato de obra del artículo 20, o si no se detallaran en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los efectos del contrato, como exige el artículo 122.2 de la LCSP por remisión del citado artículo 18).

3) Se observa que el recurso, más allá de indicar que el contrato incluye prestaciones típicas de los contratos de suministros y servicios y debió por lo tanto calificarse como mixto, no señala ninguna cláusula de los pliegos referida al procedimiento de adjudicación, a la ejecución del contrato o a cualquier otro aspecto que deba contenerse en ellos, contraria al régimen jurídico que se derivaría de la recta aplicación del artículo 18 de la LCSP. Llegados a este punto, hay que concluir que el motivo de recurso es puramente formal y no obedece a la defensa de un interés real, ya que no se acredita que su estimación pueda tener más consecuencias que las puramente nominalistas; es decir, no se especifica qué irregularidad incluyen los pliegos (basados en la categoría del contrato de suministro) que se hubiera evitado aplicando el citado artículo 18, más allá de la simple distinción nominal.

#### 5.1.9 Cuestiones que deben figurar en cada pliego

##### Resolución 156/2019

Como ha recordado este Órgano en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 79/2018 del OARC / KEAO), el PPT no es el documento contractual en el que debe figurar el contenido necesario de la documentación que debe presentar el licitador, función que corresponde al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), según establece el artículo 67.2 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).



#### 5.1.10 Externalización de servicios

##### Resolución 162/2019

El sindicato recurrente plantea que el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza / Servicio Vasco de Salud, aprobado mediante Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, al que se incorpora como anexo II el acuerdo adoptado en la Mesa Sectorial de Sanidad de fecha 14 de marzo de 2008, aprobado mediante Decreto 106/2008, de 3 de junio, supone una limitación a la libertad que asiste al poder adjudicador para configurar discrecionalmente sus contratos como estime oportuno y, más generalmente, para decidir si debe prestar los servicios de su competencia con medios propios o contratados pues el art. 13 del Decreto 106/2008 señala que Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios. De la relación de contratos señalada en su la documentación aportada por el poder adjudicador en respuesta al requerimiento de prueba efectuado por este OARC / KEAO, se desprende que el servicio ha sido prestado por empresas contratadas al efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de referencia en las organizaciones de servicios hoy integradas en la OSI Araba (Hospitales de Santiago y Txagorritxu y Comarca Araba). Consecuentemente, los servicios objeto del contrato impugnado no constituyen una nueva área o servicio a los efectos del mismo y el recurso debe ser desestimado (ver, en el mismo sentido, la Resolución 58/2017 del OARC / KEAO). Debe señalarse que el recurrente no ha acreditado o argumentado que se trate de una nueva área o servicio, a pesar de conocer que el compromiso plasmado en el art. 13 del Decreto 106/2008 no es incondicional y que su aplicación requiere que el servicio o actividad demandada sea *nuevo*.

#### 5.1.11 La legislación vigente obliga al contratista por su propia fuerza vinculante

##### Resolución 112/2019

El recurrente estima que es recomendable que se actualice la cláusula específica 29 del PCAP con la mención de la legislación vigente en materia de protección de datos personales. Con independencia de que del tenor literal de la alegación no se deduce



claramente su carácter impugnatorio, este Órgano estima que, como bien señala el poder adjudicador, la incidencia es un error material susceptible de subsanación en los términos establecidos en el artículo 122 de la LCSP; en especial, debe tenerse en cuenta que los pliegos no pretenden crear obligaciones contractuales, sino mencionar la legislación aplicable, aunque en este caso lo hagan erróneamente, la cual vincula al contratista por su propia fuerza obligatoria y a pesar de dicho error.

## 5.2 Interpretación

### 5.2.1 Interpretación acorde a la literalidad

#### Resolución 93/2020

La alegación de que los vehículos ofertados por el adjudicatario no son nuevos debe desestimarse. El punto 1 del PPT únicamente establece que los vehículos han de ser “nuevos”, sin mayor explicación y, especialmente, sin referencia alguna a la fecha de matriculación. Consecuentemente, como indica el poder adjudicador, parece que el sentido que debe darse al término es el más común y acorde a su literalidad de “sin uso anterior” (ver, en este sentido, el artículo 1.281 del Código Civil); por el contrario, la interpretación del recurrente sobre dicho término es contraria al principio de transparencia por contradecir dicha literalidad y por no ser deducible del análisis que haría de la documentación contractual un licitador razonablemente informado y normalmente diligente (ver, por todas, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO).

### 5.2.2. Discrepancia entre las dos versiones lingüísticas de los pliegos

#### Resolución 116/2020

- 1) El PCAP se halla redactado en las dos lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (a diferencia del PCT que únicamente figura en castellano) y la información que contienen las dos versiones del criterio de adjudicación cuya incorrecta aplicación se denuncia es diferente: mientras que en la versión en euskera la descripción del objeto de la valoración es el estudio y análisis (“azterketa eta analisisa”) de la instalación lumínica prevista y propuesta



en las cláusulas 5 y 6 del PPT (“Plegu teknikoetako 5 eta 6 atalean aurreikusitako eta proposatuko argiteria instalazioen azterketa eta analisisa”), en la versión en castellano se introducen dos matices, el primero, que lo evaluable es la redacción y análisis de “los resultados lumínicos” y el segundo que dichos resultados son los de la instalación propuesta sobre la “... recogida en los apartados 5 y 6 de los pliegos técnicos”. No obstante, ambas versiones coinciden en la información que deben facilitar los licitadores con el fin de evaluar este criterio de adjudicación, que consiste en “Cálculos realizados mediante simulación por ordenador/Ordenagailuz simulatutako kalkuluetan oinarritu eta argudiatu beharko da”. Este medio a través del cual acreditar los valores que van a ser objeto de evaluación debe ser puesto en relación con la cláusula 6 del PBT, que dispone que la justificación del cumplimiento de los niveles lumínicos se llevará a cabo mediante simulación informática con el software Dialux u otro de prestaciones de reconocimiento equivalente. De la lectura conjunta de la información contenida en ambas cláusulas se desprende que los pliegos establecen una forma concreta y determinada de acreditar la información a valorar, que es el cumplimiento de los valores mínimos exigidos en las cláusulas 5 y 6 y Anexo A (por remisión de la cláusula 6) del PCT, entre las que no se encuentra la apariencia exterior o la estética de las luminarias.

- 2) La conclusión de que el citado criterio secundario no incluye la valoración de la apariencia exterior de la luminaria se desprende, asimismo, de que el medio exigido en la cláusula 6 del PCT para comprobar la apariencia exterior de la luminaria consiste en la entrega de una a modo de muestra cuando el órgano de contratación lo solicite, al objeto de efectuar una inspección visual y una prueba de campo, medio de valoración de la oferta que no figura entre los criterios de adjudicación cuya evaluación se discute.
- 3) No es posible entender que la redacción en la versión lingüística en euskera contiene la valoración de la apariencia exterior y estética, a pesar de que, a diferencia de la versión en castellano, no restringe la valoración a los “resultados lumínicos”, sino que, con una redacción más amplia, comprende la “propuesta de instalación lumínica” y es la lengua que ha utilizado el poder adjudicador para la redacción de los documentos que expresan la valoración



de los criterios sujetos a un juicio de valor (el informe de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, las actas de la Mesa de contratación y el Decreto de adjudicación del contrato), porque, en todo caso, el medio exigido para acreditar la información a valorar en este criterio secundario consistente en cálculos de los resultados o valores lumínicos realizados mediante simulación por ordenador y la información que arroja esta simulación no comprende las características estéticas de la luminaria, las cuales se valoran a través de la entrega de una muestra y una prueba de campo.

- 4) En todo caso, aun partiendo del supuesto, que no comparte este OARC/KEAO, de que la versión lingüística en euskera de la cláusula debatida ampara la valoración de las características estéticas de las luminarias propuestas, al recurrente, que ha confeccionado su oferta económica en castellano (no se ha incorporado al expediente de recurso especial su oferta técnica), no se le podría oponer el contenido de la contradicción. Téngase en cuenta que, tal y como señala este OARC / KEAO en su Resolución 68/2018, la obligación de transparencia implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de



2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO).

### 5.3 Precio, presupuesto y valor estimado

#### 5.3.1 Precio del contrato y adecuación al mercado

##### Resolución 128/2018

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que (...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 252.6.4 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información desglosada sobre costes que componen el presupuesto base de licitación tiene la finalidad de procurar el cumplimiento del mandato de que éste se adecúe al mercado (artículo 100.2 de la LCSP). El valor estimado, por su parte, es un concepto que sirve para medir la importancia económica de un contrato y determinar, de ese modo, el régimen jurídico que le es aplicable a efectos de, por ejemplo, clasificación y solvencia o de sujeción a la regulación armonizada o al recurso especial (ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, asunto “Auroux”, ECLI:EU:C:2007:31, C-220/05, y la Resolución 61/2014 del OARC / KEAO). Ninguno de los dos conceptos contenidos en los pliegos regula o influye de ningún modo en los derechos salariales o de



cualquier otro tipo de los trabajadores adscritos a la ejecución de la prestación contractual, los cuales se derivan de las normas, convenios colectivos o contratos de trabajo aplicables, cuyo contenido no es materia del recurso especial y no puede alterarse en virtud de las resoluciones de este Órgano. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse.

### Resolución 152/2018

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

Artículo 100. Presupuesto base de licitación.

(...)

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

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

En el recurso que nos ocupa se solicita la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación sobre la base de que no se ha incorporado ni al PCAP ni al expediente de contratación el desglose de costes a los que hace referencia el artículo 100.2 de la



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

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



## Resolución 86/2019

El recurrente manifiesta que aplicado el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2017-2010 (que a su entender es el aplicable según lo dispuesto en el PCAP y en el artículo 43 del citado convenio) a las categorías profesionales especificadas en el listado de personal adjunto al PCAP, los costes salariales superarían el presupuesto base de licitación y, a tal efecto, aporta su propia estimación de costes basado en el referido convenio colectivo. En suma, considera el recurrente que el presupuesto base fijado en los pliegos no garantiza el pago de los salarios.

Resulta relevante resaltar las siguientes circunstancias del expediente de contratación y del expediente de recurso especial remitido: (i) ni en los pliegos del contrato ni en el expediente de contratación figura dato alguno sobre la forma en la que se ha calculado el presupuesto base de licitación ni, por consiguiente, el valor estimado del contrato; únicamente figura un listado del salario bruto del personal adscrito a la ejecución del contrato, que no se sabe si ha sido tomado en cuenta en el momento de fijar el presupuesto base de contratación, (ii) no consta en el expediente de recurso especial la posición del poder adjudicador respecto de los argumentos impugnatorios, pues, si bien formalmente se ha aportado un documento con el título de INFORME DE ALCALDÍA RELATIVO AL RECURSO INTERPUESTO POR ASEJA, ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE, en el mismo no se efectúa valoración o parecer alguno sobre los motivos en los que se basa el recurso y (iii) se ha incorporado al expediente de recurso especial el certificado de recepción de ofertas en el que consta como única empresa licitadora, IRATZE LOREZAINZA S.L.U., que es la actual prestataria del servicio.

### c) Conclusión

Consecuentemente, al no poder contrastar este OARC/KEAO si el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato se ajustan a derecho por no figurar en el PCAP o documento regulador de la licitación el preceptivo desglose de costes ni el método de cálculo del valor estimado del contrato, y constando en el expediente remitido que los pliegos del contrato no han fomentado la suficiente concurrencia al haberse recibido una sola oferta que es, además, la de la adjudicataria del anterior



contrato, el recurso debe ser estimado anulándose las cláusulas referidas al presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato del PCAP, lo cual conlleva la cancelación de la licitación por referirse el vicio apreciado a una estipulación esencial del contrato como es la de la formación de su precio.

### Resolución 112/2019

El análisis de este motivo de impugnación debe partir de la delimitación del alcance del artículo 100.2 de la LCSP, que establece el mandato de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A propósito de dicho mandato, y con referencia expresa a los convenios colectivos que se pudieran suscribir en el futuro afectando a la empresa y los trabajadores que ejecutan la prestación, este Órgano ha señalado que su cumplimiento requiere que el presupuesto deba ser adecuado para garantizar el normal cumplimiento del contrato (también desde el punto de vista de la satisfacción de las obligaciones sociales y salariales) y una concurrencia suficiente, pero de ningún modo exige que el poder adjudicador asegure una rentabilidad mínima que blinde al contratista frente a cualquier eventualidad que afecte al contrato y reduzca sus beneficios, pues eso sería tanto como desvirtuar el principio de riesgo y ventura (ver las Resoluciones 69/2016 y 38/2018). En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de febrero de 2018 (nº 28/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:916) y de 27 de septiembre de 2018 (nº 284/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:2725), que confirman las Resoluciones 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO, respectivamente, descartan que el poder adjudicador deba tener en cuenta los citados hipotéticos convenios para fijar el presupuesto de la licitación porque ello sería contrario a los principios de oferta económicamente más ventajosa y salvaguarda de la libre competencia (actual artículo 1.1 de la LCSP), pudiendo incluso, de haberlos tenido en consideración, haber incurrido en responsabilidad contable. Esta doctrina, configurada a partir del artículo 87 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es perfectamente aplicable a la vigente LCSP, pues su artículo 100.2 mantiene la tradicional exigencia del ajuste del precio al mercado y la novedosa obligación de desglosar los costes no es sino un instrumento para su cumplimiento, como lo demuestra la expresión "...a tal efecto" que usa el legislador (ver, en este sentido, la Resolución 152/2018 del OARC / KEAO). Además, es significativo que el precepto



establezca que los costes salariales deben estimarse de acuerdo con el convenio laboral de referencia, que no puede ser sino uno ya vigente, como corrobora también la propia literalidad del artículo 100.2 de la LCSP, que contextualiza temporalmente su mandato de que el presupuesto se ajuste al precio de mercado en el momento de elaborarlo.

Análoga respuesta negativa merece la pretensión de que la vigencia del contrato coincida con la del convenio colectivo sectorial y de que se elimine la posibilidad de prórroga, pues su finalidad es también excluir ilícitamente todo riesgo para el contratista, además de suponer una intromisión en la discrecionalidad técnica del poder adjudicador para configurar el clausulado del contrato (en este caso, su duración) de la forma que estime más adecuada (ver la Resolución 64/2017 del OARC / KEAO).

#### Resolución 81/2020

El recurrente alega que los precios establecidos no son de mercado por ser anormalmente bajos (en concreto, se considera muy bajo el margen de beneficio del 8%) y que, al no distinguirse si los precios unitarios se corresponden con horarios normales, nocturnos o festivos, no es posible saber si se cumplen los requisitos del convenio colectivo aplicable. Este Órgano ya ha señalado en ocasiones anteriores (ver, por todas, su Resolución 49/2020) que el poder dispone de un margen de discrecionalidad para fijar el precio de licitación, y que corresponde a quien sostiene su inadecuación al mandato de que dicho precio se ajuste al mercado demostrar que, más allá de las variaciones propias de dicho mercado, el presupuesto fijado no permite una ejecución normal de la prestación contractual ni una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación. En el caso analizado, los argumentos de DENOK están muy lejos de poner en duda la razonabilidad de los pliegos en esta materia, pues se trata de alegaciones genéricas y no justificadas. Debe tenerse en cuenta que el apartado 4 del Cuadro de características del PCAP contiene un desglose del presupuesto en el que figura una cantidad global asignada a los costes laborales que no ha sido cuestionada en el recurso, sin que sea exigible, como parece pretender DENOK, que los pliegos diferencien los precios unitarios del contrato en razón de los tramos horarios fijados para las retribuciones en los convenios colectivos. Asimismo,



el beneficio industrial fijado se ha elegido, como señala el Ayuntamiento, con arreglo a un criterio aceptable, como es la aplicación analógica del artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, especialmente si se tiene en cuenta que el beneficio efectivamente obtenido depende de factores inciertos y variables para cada empresa, como la estructura de costes, sus previsiones o su estrategia comercial. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

### Resolución 160/2020

El desglose del PBL indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP busca asegurar el mandato legal de que éste sea adecuado a los precios del mercado, como muestra el empleo de la expresión a tal efecto. Por ello, este Órgano ya ha establecido que no cabe impugnar los defectos de dicho desglose si, además, no se aportan argumentos y datos que puedan desmentir que el PBL incumple el citado mandato, de tal modo que, con el importe establecido por el poder adjudicador no quede garantizada la viabilidad de la ejecución de la prestación o no pueda esperarse una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 118/2019 y 49/2020). Como bien señala el Ayuntamiento, el recurrente no alega ni acredita que el importe consignado sea insuficiente, sino que su reproche se reduce a la introducción del desglose sin retroacción de actuaciones ni concesión de un nuevo plazo de presentación de ofertas. Debe tenerse en cuenta que, una vez que no se ha puesto en duda el citado importe, el contenido del desglose es irrelevante para el recurrente, pues es precisamente él quien mejor conoce o debe conocer los costes directos, indirectos o de otro tipo que repercuten en el servicio que presta; cuestión diferente es que se pusiera en duda la adecuación del PBL y, para ello, se alegara la incorrección o la omisión del desglose previsto en el artículo 100 de la LCSP, lo que, en este caso, no se ha hecho. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.



## Resolución 183/2020

AUZO LAGUN alega que el precio fijado en los pliegos (en concreto, el PBL) no se ajusta al mercado porque para su cálculo se han empleado los costes salariales a fecha de febrero de 2019 sin aplicar los incrementos previstos en el convenio colectivo para las empresas de colectividades en comedores escolares de gestión directa dependientes del departamento de Educación, para los años 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023, que es el aplicable a la prestación. Tal y como admite el propio poder adjudicador, este motivo de impugnación debe aceptarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) Según el artículo 100.2 de la LCSP, en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el PBL sea adecuado a los precios del mercado. Por otro lado, el artículo 101.7 de la LCSP especifica que el valor estimado (uno de cuyos componentes es el PBL, según el artículo 101.1 a) de la LCSP) debe calcularse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación.
  
- 2) Según consta en el informe de respuesta al recurso, el envío al Diario Oficial de la Unión Europea del anuncio de licitación se produjo el 5 de octubre de 2020. En ese momento, las tablas salariales vigentes según el correspondiente convenio sectorial no eran las publicadas el día 22 de mayo de 2019 (ver la cláusula específica 12.2.2 del contrato), que fueron las utilizadas (con un incremento del 2%) por el poder adjudicador para elaborar el PBL y calcular el valor estimado (ver el Anexo I.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP), sino las recogidas en el acuerdo de la Comisión Paritaria del convenio de 13 de febrero de 2020, publicadas en el Boletín Oficial del País Vasco de 30 de marzo, de las que se deduce un PBL superior.



### 5.3.2 Concepto y función del valor estimado

#### Resolución 39/2019

Téngase en cuenta que el valor estimado es una estimación que representa el volumen máximo de negocio que el contrato puede representar para el potencial contratista, tiene como finalidad básica definir el procedimiento y el ámbito de publicidad aplicable en razón de la cuantía del contrato y sirve también para informar adecuadamente a los operadores del mercado sobre la importancia económica de la licitación para que éstos decidan si les interesa o no presentar una oferta, a la vista de la importancia económica del contrato (ver, en este sentido la Resolución 104/2015 del OARC/KEAO y la jurisprudencia en ella citada). Consecuentemente, al tratarse de una estimación del valor económico máximo del contrato, el cálculo efectuado por el órgano de contratación de computar todos los días del plazo de ejecución y de sus prórrogas como susceptibles de ser facturados, es correcto.

### 5.3.3 Coste de amortización establecido en el presupuesto

#### Resolución 85/2019

Además de lo señalado en la letra anterior, este OARC / KEAO considera que la alegación del recurrente de que, según se establece en el presupuesto desglosado del contrato, solo cabe amortizar 30.000 € de la inversión realizada por cada año de duración del mismo, es irrelevante. El coste de amortización que aparece en el desglose del presupuesto no es más que un mero cálculo o aproximación realizado por el poder adjudicador para la correcta estimación del precio del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP. Dicho cálculo no obliga al adjudicatario a la hora de aplicar este coste a sus cuentas, sino que será la normativa fiscal y/o contable correspondiente la que establezca las reglas o métodos de amortización que deben seguirse para su determinación, ni tampoco influye en el contenido de su oferta, la cual se elaborará de acuerdo con sus propias estimaciones económicas y estrategias comerciales. Por otro lado, los equipos podrán ser utilizados también en la ejecución de otros contratos, pues transcurridos los dos años de vigencia máxima del contrato impugnado, estos no pasan a ser propiedad del poder adjudicador.



#### 5.3.4 Cobertura presupuestaria del contrato

##### Resolución 28/2020

El recurso alega que la adjudicación impugnada es nula según los artículos 38 b) y 39 .2 b) de la LCSP por carecer de cobertura presupuestaria. A juicio de este Órgano, el recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El artículo 39.2 b) de la LCSP establece que serán nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra, entre otras, la circunstancia de carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas sujetas a la Ley, salvo los supuestos de emergencia.
- 2) Según el artículo 19.3 de la Norma Foral 21/2003, los acuerdos, disposiciones, resoluciones y actos emanados de la Administración local, en virtud de los cuales se pretendan adquirir compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos, de carácter limitativo, autorizados en el estado de gastos, adolecerán de nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar (ver también, con una redacción similar, el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales). De acuerdo con esta norma, y teniendo en cuenta que el artículo 39.2 b) de la LCSP se refiere a los contratos “celebrados”, hay que entender que la LCSP considera nulo el contrato perfeccionado (es decir, formalizado, a la vista del artículo 36.1 de la LCSP) sin cobertura presupuestaria, pues es en ese momento y no antes cuando se adquiere el “compromiso de gasto”. Consecuentemente, es con anterioridad a ese momento cuando hay que apreciar la carencia de crédito causante de nulidad.
- 3) Los recurrentes se basan para fundamentar se reproche de nulidad en la ausencia del certificado de existencia de crédito exigido como parte del expediente en el artículo 116.3 de la LCSP. Sin embargo, cualesquiera que pudieran ser las irregularidades de la dotación presupuestaria con la que el procedimiento de adjudicación se tramitó, no es necesario que este Órgano



entre ahora a valorarlas, y ello, por dos razones: en primer lugar, porque afectan a actos o documentos contractuales con plazo de impugnación autónomo (artículo 44.2 a) de la LCSP) y no han sido recurridos en tiempo y forma, por lo que cualquier alegación al respecto es ya extemporánea y, en segundo lugar, porque son irrelevantes para el caso porque lo determinante ahora es si la adjudicación (momento procedimental previo a la formalización) se ha producido con carencia de crédito adecuado y suficiente. Este último extremo no solo no ha sido probado por el recurso, sino que ha sido desmentido en el informe del poder adjudicador por una funcionaria competente en razón de su cargo como es la interventora municipal, cuya exposición se comparte por el OARC / KEAO, en particular en lo referido a que el gasto no precisa créditos de compromiso.

- 4) Por último, debe señalarse que la obligación establecida en el artículo 35.1 l) de la LCSP de que el contenido mínimo del contrato incluya el crédito presupuestario con cargo al que se abonará el precio, se refiere, como se deduce de la expresión “los documentos en los que se formalicen los contratos” al contrato como documento escrito y no al contrato como institución jurídica generadora de derechos y obligaciones.

### 5.3.5 Contratos por precio unitario

#### Resolución 81/2020

El recurrente alega falta de concreción en los pliegos de las obligaciones que asumirá el contratista. A juicio de este Órgano, esta alegación debe rechazarse. El contrato está definido en los pliegos como incluido en la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, que describe los contratos de servicios en los que “...el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración...” Lo característico de estos contratos, usualmente llamados “de tracto sucesivo y carácter periódico” es que el poder adjudicador desea asegurarse durante un periodo de tiempo un tipo de



prestación habitual y reiterada; esa vinculación en el tiempo de vigencia de la relación (el “tracto”) es el objeto principal del contrato, siendo secundario que dicho objeto se traduzca finalmente en una cantidad u otra de concretos servicios, razón por la que la magnitud inicialmente prevista es en todo caso estimativa, si bien debe aprobarse un presupuesto máximo.

En los pliegos constan, en coherencia con la citada Disposición adicional, la descripción de los servicios, su precio unitario de licitación, el número estimado de servicios que se prevé adquirir y el presupuesto máximo. Consecuentemente, el objeto del contrato está suficientemente descrito de acuerdo con su condición de relación periódica y de tracto sucesivo, sin perjuicio del margen de incertidumbre respecto al número de unidades finalmente solicitadas, que es inherente a esta modalidad contractual. El hecho de que, adicionalmente, los pliegos señalen un calendario de eventos para un año de vigencia del contrato e indiquen que en años sucesivos pueden cambiarse dichos eventos no altera la naturaleza del contrato ni desmiente la suficiencia del contenido de los pliegos, pues en todo caso son aplicables los precios, las cantidades estimadas y el presupuesto máximo ya fijados, sin perjuicio de que, en su caso, pueda incrementarse este último mediante el procedimiento previsto para las modificaciones del contrato. Llegados a este punto, este OARC / KEAO considera que, en contra de lo que alega el recurrente, los pliegos contienen información adecuada para elaborar una oferta.

#### 5.4 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 valorase la mera presentación de planos y estudios, con independencia de su contenido, lo cual es absurdo a todas luces, bien que el órgano de contratación valore el contenido de los planos y estudios aportados sin sujeción a ningún criterio previamente fijado. La definición del criterio omite el contenido que han de tener para merecer una consideración positiva como criterio de valoración de una oferta. Debe matizarse que es perfectamente posible valorar Presentación de planos y estudios pero siempre que se establezcan, aunque sea brevemente, qué aspectos de los mismos se va a valorar (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

#### 5.4.3 Criterios sujetos a fórmulas

##### Resolución 145/2018

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



### Resolución 175/2019

Respecto, a la ausencia de fórmula o criterio automático para la asignación de la puntuación de este criterio que reprocha la recurrente, este OARC/KEAO ha señalado reiteradamente que el modo de determinar la puntuación en un criterio automático no necesariamente requiere de una fórmula sino que puede tener una descripción literaria, siempre que ello no implique una ambigüedad que obligue a elegir al órgano de contratación entre varios sentidos posibles, lo que introduciría un elemento subjetivo inaceptable en este tipo de criterios por desvirtuar su automatismo (ver por todas, la Resolución 64/2019). En el presente caso, se observa que nos encontramos ante un criterio automático cuya distribución de puntos se ha descrito mediante palabras con un funcionamiento binario (si/no), de tal forma que si se presenta una memoria- informe con soluciones para cada uno de los subapartados, se obtendrán todos los puntos sin que los mismos puedan ser graduados por el órgano de contratación en función de la solución propuesta. Es decir, no existe margen de discrecionalidad para el poder adjudicador a la hora de la distribución de los puntos ni de su graduación, pues el automatismo le viene impuesto por la propia redacción del criterio, cumpliendo con la característica propia de los criterios automáticos. Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

#### 5.4.4 El precio como criterio de adjudicación

### Resolución 152/2018

Las características esenciales de la fórmula son las siguientes:

- .- la oferta con el mayor porcentaje de baja obtiene la máxima de las puntuaciones
- .- la oferta con el menor porcentaje de baja obtiene la puntuación menor.
- .- las ofertas con los porcentajes de baja intermedios obtienen una puntuación dispar, pues las diferencias de puntuación obtenidas por las ofertas que presentan los mayores porcentajes de baja son significativamente menores que las que consiguen las ofertas que efectúan los porcentajes de baja inferiores; dicho de otro modo, cada



unidad de baja de licitación tiende a tener una menor correspondencia en puntos a medida que aumenta el importe global de dicha baja de licitación.

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

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

Por todo ello, el motivo de recurso debe aceptarse, lo que conlleva la anulación del criterio impugnado. No obstante, no se comparte la alegación del recurrente de que la fórmula es opaca y poco transparente; del propio escrito de recurso, que contiene varias simulaciones relativamente complejas acompañadas de los correspondientes



gráficos, se deduce claramente que el recurrente la ha interpretado correctamente y comprendido el alcance de la misma, sin que se observen dificultades especiales de aplicación de la citada fórmula.

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

#### Resolución 108/2019

Las características esenciales de la fórmula son las siguientes:

- debe realizarse una baja del 100% del precio de licitación (es decir, formular una oferta a precio “0”) para obtener la totalidad de los puntos del criterio de valoración.
- la oferta al tipo de licitación obtiene cero puntos.
- la fórmula reparte los puntos en proporción lineal entre el presupuesto base de licitación y cero euros.
- la puntuación se determina en relación con el presupuesto base, por lo que cada licitador conoce la puntuación que conseguirá su oferta sin incertidumbre alguna sobre cuál será la actuación de sus competidores.

En la fórmula impugnada la puntuación se determina en relación con el presupuesto base de licitación, de modo que todos los licitadores pueden conocer la puntuación que conseguirán sin incertidumbre alguna sobre cuál será la actuación de sus competidores; en particular, es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener una determinada puntuación. De esta manera el criterio pierde una de sus finalidades, que es la de comparar ofertas en condiciones de competencia efectiva (considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE); efectividad que no se cumple en esta fórmula, pues la comparación se efectúa siempre respecto al presupuesto base fijado por el poder adjudicador. Además, la supresión de la incertidumbre es contraria al principio de libre competencia y facilita la posibilidad de que las empresas



adopten prácticas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (Resolución OARC 84/2017). Por otro lado, el hecho de que para obtener la máxima puntuación haya de realizarse una baja del 100% del precio de licitación desvirtúa, de hecho, la ponderación asignada al criterio y abunda en el carácter anticompetitivo y desincentivador de la fórmula elegida.

La finalidad que pretende conseguir el órgano de contratación con la fórmula, prevenirse contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, puede calificarse como arbitraria, pues la calificación de temeraria o anormal de una oferta sólo puede lograrse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 149.4 de la LCSP), que incluye la audiencia al licitador sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida y que tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara la temeridad, la eliminación de la oferta, lo que no se consigue con el medio elegido por el órgano de contratación. La arbitrariedad es especialmente clara a la vista de que el propio poder adjudicador ha establecido en la cláusula 22.2.2 del PCAP parámetros objetivos para detectar cuándo la oferta puede ser inicialmente considerada como anormal. Por otro lado, la actuación procedente frente a una oferta anormal, previo el adecuado procedimiento, debe ser la exclusión de la oferta; en este caso, no solo no se daría esta conclusión, sino que la proposición sospechosa recibiría la máxima puntuación, lo que es incoherente. Por todo ello, el motivo de recurso debe aceptarse, lo que conlleva la anulación del criterio impugnado.

#### Resolución 166/2019

Como bien señala el poder adjudicador, no hay una única fórmula de valoración del precio aceptable, pues lo son todas las que cumplan los requisitos expresados anteriormente; menos aún hay una fórmula “perfecta”, pues todas ellas dan lugar (o pueden dar lugar, según cómo o cuántas sean las ofertas presentadas, dato incierto cuando se elige el criterio) a resultados que pueden considerarse problemáticos, y todas tienen ventajas e inconvenientes desde el punto de vista del poder adjudicador y de la más adecuada selección de la mejor proposición. Sin embargo, en ningún caso cabe reproche a una fórmula que no atribuye puntuación a la oferta que se ajusta al presupuesto base de licitación, pues el principio de la oferta económicamente más ventajosa impide tal atribución a un licitador que en nada aventaja el presupuesto inicial. En este sentido, el ejemplo elegido por el recurrente (oferta que no ofrece



descuento alguno frente a oferta que ofrece un descuento ínfimo y obtiene a cambio 49 puntos de diferencia sobre la primera) es deliberadamente tendencioso por dos motivos: primero, porque plantea un caso extremo de aplicación de la fórmula que no tiene por qué ser el que efectivamente se produzca y, lo que seguramente es más significativo, porque obvia que los criterios de adjudicación no solo tienen la función de seleccionar la mejor de las proposiciones presentadas efectuando una comparación entre ellas, sino también la de orientar o encauzar el contenido de estas de forma que los licitadores se tengan que adaptar lo más posible a lo deseado por el poder adjudicador si quieren obtener el contrato; dicho de otro modo, si conociendo la fórmula y el resultado posible de su aplicación el licitador opta por no ofrecer rebaja alguna, no puede luego sorprenderse de arbitrariedad o injusticia cuando ello penalice sus posibilidades de ser adjudicatario.

#### 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).

#### Resolución 7/2019

En contra de lo que aduce el recurrente, no es necesario que el criterio de adjudicación especifique el método de valoración que va a seguir el evaluador (ver, en este sentido, la Resolución 107/2017 del OARC/KEAO), pues este extremo no es exigido ni por la LCSP ni por la jurisprudencia del TJUE la cual considera que los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas. Esa libertad se justifica también por consideraciones de orden práctico; el poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso (en este sentido, la STJUE de 14 de julio de 2016, Asunto C-6/15, “TNS Dimarso”, ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30).

#### 5.4.8 Su función es comparar entre ofertas

#### Resolución 131/02019

Téngase en cuenta que una de las funciones de los criterios de adjudicación es la de comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, lo que los diferencia de los criterios de solvencia, que sirven para establecer si el licitador cumple o no los requisitos mínimos de capacidad económica, financiera y técnica que le permitirían ejecutar adecuadamente el contrato, o de la determinación de cumplimiento de las prescripciones técnicas, que se produce igualmente tras una evaluación de la oferta en relación con el PPT sin que haya



comparación con las demás proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 20/2018 del OARC / KEAO y los Considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24/UE).

#### 5.4.9 Criterio de adjudicación restrictivo de la competencia

##### Resolución 95/2019

En síntesis, UNO considera que estos criterios no están justificados, son desproporcionados y favorecen a Correos, a quien el Estado cedió su red postal. Debe señalarse que ambos criterios solo puntúan los medios técnicos que excedan del mínimo marcado en el PPT, y que estos ya son de por sí muy numerosos; en concreto, suponen exigir un mínimo de 151 oficinas y 346 vehículos distribuidos en Vitoria – Gasteiz, el Territorio Histórico de Álava y las demás capitales de provincia y municipios de más de 50.000 habitantes. Partiendo de esa base, hay que señalar que en el expediente no consta la justificación de los criterios que exige el artículo 116.4 c) de la LCSP, por lo que se ignora cuál es la concreta ventaja que se pretende identificar con ellos, ni se acredita la proporcionalidad entre la supuesta ventaja obtenida y el evidente efecto restrictivo de la competencia que, a la vista de la situación real del mercado de los servicios postales que el poder adjudicador no puede desconocer, producen su aplicación y su mera consignación en los pliegos, especialmente teniendo en cuenta que ambos forman parte de un grupo de criterios en los que hay que superar un umbral mínimo de puntuación para continuar en el procedimiento. Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse.

#### 5.4.10 Criterios de adjudicación con umbrales eliminatorios

##### Resolución 200/2019

En relación con las alegaciones efectuadas por la recurrente sobre la restricción indebida a la libre competencia que supone el establecer un umbral mínimo a superar en los criterios sujetos a un juicio de valor habida cuenta de que únicamente se han presentado dos ofertas al contrato en cuestión permaneciendo sólo una en el procedimiento, cabe señalar que el TJUE en la sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/2016 ECLI:EU:C:2018:752, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Órgano, en el apartado segundo de su parte dispositiva



ha manifestado que El artículo 66 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima determinada al término de esa evaluación quedan excluidas de las fases sucesivas de adjudicación del contrato, y ello con independencia del número de licitadores restantes. Argumenta el TJUE que la necesidad de garantizar una competencia real hasta la fase final del procedimiento no concierne a los procedimientos abiertos ya que las únicas ofertas que el poder adjudicador está autorizado a excluir de la evaluación basada en el precio son las ofertas que no cumplen los requisitos mínimos de la evaluación técnica y, por tanto, no satisfacen las necesidades del poder adjudicador y que esta manera de actuar no pretende limitar el número de ofertas sometidas a la evaluación basada en el precio, ya que, en principio, todas las ofertas presentadas pueden cumplir esos requisitos mínimos (apartados 37 y 43).

#### 5.4.11 Valoración de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato

##### Resolución 195/2019

Se impugna el criterio de adjudicación que valora de forma automática la experiencia de personal adscrito a la ejecución del contrato por infringir lo dispuesto en el artículo 145.2, párrafo segundo, de la LCSP, que dispone que “Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: (...) 2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.

El citado artículo 145.2 de la LCSP no restringe la posibilidad de fijar este criterio a las prestaciones de carácter intelectual, pero sí que exige que la calidad del personal



adscrito al contrato pueda afectar “de manera significativa” a su mejor ejecución. Este artículo es la transposición del artículo 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE cuyo Considerando 94 (elemento interpretativo de la parte dispositiva) señala que se puede utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato “Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato (...)”, citando a modo de ejemplo los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura.

A este respecto, la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C601/13, ECLI:EU:C:2015:204 ha manifestado que la calidad de la ejecución de un contrato puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia y su formación, como sucede con las prestaciones de contenido predominantemente intelectual, y que esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, y por lo tanto ser utilizada, en estos casos, como criterio de adjudicación (ver, en este sentido las Resoluciones 55/2015 y 17/2016 del OARC / KEAO).

El objeto del contrato impugnado es la colaboración en las actividades socioculturales del Ayuntamiento de Tolosa y de la descripción de las prestaciones a ejecutar en ambos lotes se desprende que los adjudicatarios deben ejecutar, en términos generales, labores auxiliares de montaje y desmontaje, de mantenimiento de las instalaciones y del equipamiento técnico del que disponen las salas, vigilancia de las instalaciones y de quienes asisten a las mismas y servicios de taquilla y, conforme a lo dispuesto en la cláusula 3 del PPT, el personal a adscribir al Lote 1 consistirá en un/a técnico de iluminación y sonido, un/a taquillero/a, y dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico y en el Lote 2 dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico. Asimismo, resulta relevante resaltar que la documentación contractual no contiene especificación alguna sobre normas de calidad cuyo cumplimiento se exija al personal encargado de ejecutar el contrato.



Consecuentemente, a la vista de la naturaleza de los trabajos a realizar, perfectamente definidos en el PPT, que requieren del desempeño de una habilidades y destrezas que se pueden adquirir en un plazo de tiempo no muy prolongado y en los que no se exige el cumplimiento de normas de calidad, debe convenirse que la experiencia de la que precisan los trabajadores para una correcta ejecución de los trabajos no constituye un elemento decisivo del valor de la oferta. Téngase en cuenta que la cláusula 3 del PPT prevé que, si las circunstancias así lo exigieran, la empresa adjudicataria pueda adscribir a la ejecución del contrato a más personas de las solicitadas, que pueden ser objeto de contratación puntual o bien de subcontratación, respecto de las que no se exige experiencia alguna. Además, dicha cláusula exige la designación de una persona responsable del contrato con las funciones de dirección, organización y supervisión del trabajo (cláusula 3 del PPT), quien puede ser sustituido en caso de ausencia sin que conste ninguna obligación de comunicación previa al órgano de contratación o de autorización previa de la persona que la sustituya. En este sentido, no resulta congruente con la finalidad del criterio de adjudicación debatido que se exija experiencia del personal inicialmente adscrito al contrato y, sin embargo, sea del todo indiferente la del personal a adscribir durante la ejecución del contrato y la de quien coordinará, supervisará y dirigirá los trabajos. Además, de la descripción de las tareas efectuada en el PPT se deduce que las habilidades y destrezas que pueda requerir el personal adscrito al servicio no son especialmente complejas y pueden ser facilitadas por la propia empresa adjudicataria a través de la transmisión de instrucciones por el responsable del contrato a quien el PPT impone funciones de dirección y supervisión del personal. Finalmente, se ha de tener en cuenta que las empresas licitadoras, a través de la exigencia de la experiencia como requisito de capacidad técnica, demuestran que pueden ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.

#### Resolución 39/2019

Téngase en cuenta que en el PCAP que rige el contrato, que se vuelve a recordar que no ha sido impugnado, por lo que las partes han de estar a lo consignado en el mismo, la experiencia se valora en dos fases distintas del procedimiento de adjudicación; en el momento de valorar si los licitadores disponen de la solvencia técnica y profesional exigida y como criterio de adjudicación estableciéndose en la cláusula M.2 del cuadro



de características del PCAP que la experiencia a valorar será la prestada en la administración local en servicios directamente relacionada con las tareas a desempeñar. Estas dos funciones de la experiencia en dos fases diferentes del procedimiento de adjudicación, que obedecen a la verificación de dos finalidades diferentes, la de la acreditación de una capacidad profesional para la ejecución del contrato, por una parte, y de otra, la valoración de la oferta efectuada, son las que justifican que la oferta pueda ser aceptada si bien valorada con 0 puntos en el criterio de adjudicación de “experiencia”.

#### 5.4.12 Criterios de adjudicación en contratos intensivos en mano de obra

##### Resolución 38/2020

De acuerdo con el artículo 1.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el objeto del contrato es la prestación de servicios de limpieza de varios edificios y locales municipales, incluyendo todas las superficies cubiertas de cada dependencia y los correspondientes muebles, equipamientos fijos, techos, persianas, cristales, etc. Según las cláusulas segunda y undécima del PCAP, el único criterio de adjudicación es el precio. El artículo 145.3 g) de la LCSP establece que, en los contratos de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. A la vista de todo ello, el motivo de impugnación debe aceptarse, pues es clara la infracción del citado precepto; en este sentido, no cabe duda de que el sector de la limpieza es un ejemplo clásico de actividad intensiva en mano de obra, caracterizada porque los gastos de personal representan un altísimo porcentaje del coste total de la prestación (ver, por ejemplo, las resoluciones 702/2018 y 98/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).



#### 5.4.13 No cabe la valoración de la solvencia del licitador como criterio de adjudicación

##### Resolución 76/2020

Como es bien conocido, la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar el contrato que se ha de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes que se rigen por normas diferentes (STJUE asunto C-31/87, sentencia Beentjes, EU:C:1988:422, apartados 15 y 16). Así, los criterios de selección cualitativa están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato (STJUE asunto C-532/06, sentencia Lianakis, EU:C:2008:40, apartados 30 a 32), mientras que los criterios de adjudicación deben estar dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (apartado 19 sentencia Beentjes). Ello implica que se excluyan como «criterios de adjudicación» aquellos que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión (apartado 30 sentencia Lianakis). Por esta razón, el artículo 145.2, párrafo segundo, de la LCSP, dispone que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato y posibilita el fijar como criterio de adjudicación La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución; criterio de adjudicación respecto del cual este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido, la Resolución 189/2019) que no se restringe a las prestaciones de carácter intelectual, pero sí que exige que la calidad del personal adscrito al contrato pueda afectar «de manera significativa» a su mejor ejecución.

Trasladado todo lo anteriormente señalado a los criterios de adjudicación impugnados, se observa que valoran la capacidad del licitador para ejecutar el contrato, pero no están dirigidos a evaluar la oferta concreta de ejecución del contrato en orden a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. En particular, el criterio de adjudicación Acciones de Prevención de siniestralidad en la flota, valora las acciones realizadas por el licitador para otras empresas puntuando a tal efecto una determinada experiencia acumulada en el pasado, pero ni solicita ni valora la propuesta de acciones para la flota de TUVISA en cuyo aseguramiento va a intermediar. Por su parte, el



criterio desarrollado en la cláusula 7.1.3 del PCAP pretende evaluar la Capacidad de gestión comercial puntuando a tal efecto el número de vehículos en los que se ha intermediado, lo cual únicamente podrá ser acreditado por el licitador y, al igual que ocurre con la experiencia, no se trata de un criterio orientado a valorar un aspecto de la oferta contractual sino la capacidad genérica del licitador para ejecutar el contrato. A este respecto, se ha de tener en cuenta que conforme al artículo 58.1 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, a cuya transposición obedece la LCSP, los poderes adjudicadores solo podrán imponer los criterios de selección referidos a la habilitación, a la solvencia económica y financiera y a la capacidad técnica y profesional como requisitos de participación, lo que descarta que puedan ser formulados como criterios de adjudicación.

Finalmente, procede señalar que el poder adjudicador no se puede amparar en el supuesto del artículo 145.2. 2º de la LCSP, ya que no se evalúan por los criterios impugnados ni la organización ni la cualificación y experiencia del personal adscrito, que son objeto de valoración en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. En definitiva, se valora una característica del licitador, propio de la solvencia y valorable como requisito de participación pero que no puede ser criterio de adjudicación.

#### 5.4.14 Acreditación del criterio de adjudicación

##### Resolución 119/2020

La recurrente considera que la adjudicataria no puede ser merecedora de 0,25 puntos en el subapartado relativo al papel higiénico y secamanos del criterio MEJORAS, porque no ha justificado mediante la ficha técnica que el papel posea una eco etiqueta aprobada por la Unión Europea. Este Órgano considera que dicha alegación no puede estimarse, ya que los pliegos del contrato no establecen prescripción alguna sobre la manera en que debe justificarse la tenencia de dicha etiqueta de carácter medioambiental, de forma que la declaración responsable efectuada por ZAINZEN en la que se indicaba que ambos productos cumplían con dicho requisito constituye un claro compromiso contractual, sin perjuicio de que, en su caso, se vigile su cumplimiento en el periodo de ejecución del contrato. Consecuentemente, el producto



ofertado ha sido correctamente valorado por el poder adjudicador (ver, por ejemplo, la resolución OARC/KEAO 105/2017).

## 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 competencia, 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.



### Resolución 95/2019

El recurrente impugna el apartado 5 del PPT (Condiciones técnicas mínimas de prestación de los servicios objeto del contrato) en su epígrafe Notificaciones administrativas, que exige la fehaciencia de las mismas. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso se basa en una incorrecta interpretación del contenido de la cláusula. UNO considera que la exigencia de presunción de fehaciencia es anticompetitiva porque el régimen legal de las notificaciones la hace innecesaria. Sin embargo, el PPT en absoluto solicita que los licitadores o el adjudicatario deban necesariamente gozar de presunción alguna; por el contrario, el PPT exige que la práctica de las notificaciones administrativas incluya la constancia fehaciente de su entrega o recepción o rehúse o imposibilidad o entrega, y que los licitadores especifiquen en su oferta los medios con los que van a garantizarla. Es cierto que el operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal (la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos), disfruta de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales (ver el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), pero los pliegos permiten que cualquier otro operador pueda proponer un sistema que dote a las notificaciones de la citada fehaciencia. Por lo tanto, no puede considerarse que la prescripción debatida sea una barrera anticompetitiva, ya que, de existir una ventaja en favor de Correos, estaría motivada por una norma reguladora de la actividad postal, no por los pliegos impugnados, que se limitan a solicitar, de modo abstracto, general y abierto a cualquier solución técnica y legalmente aceptable, la veracidad imprescindible para que las notificaciones produzcan los efectos jurídicos que les son propios dentro del procedimiento administrativo en el que se insertan. Debe recordarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 10/12/2015, nº de recurso 3156/2014, ECLI:ES:TS:2015:5395 (que confirma la Resolución 312/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), establece que las Administraciones Públicas pueden optar por tramitar un procedimiento de adjudicación abierto en el que concurran tanto entidades que tengan reconocida la citada presunción como otras que, careciendo de ella, oferten



un sistema que supla las ventajas de dicha presunción con parecidas cotas de eficacia, opción que es precisamente la tomada por el poder adjudicador.

#### 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.



### 5.5.3 Facultad de decidir arbitrariamente sobre la equivalencia de las ofertas a los requerimientos técnicos mínimos

#### Resolución 185/2019

Independientemente de lo anterior, debe señalarse que se atribuye al equipo evaluador la facultad de decidir cuándo las proposiciones son o no equivalentes a las que satisfacen los requerimientos mínimos del PPT, lo que le dota de una facultad arbitraria (ver, por ejemplo, la Resolución 40/2019 del OARC / KEAO). Téngase en cuenta que, por ejemplo, el artículo 126.5 a) de la LCSP condiciona la posibilidad de formular las prescripciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales (esa parece ser la intención de la nota) a que los pliegos contengan parámetros lo bastante precisos como para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo; dichos parámetros no constan en el PPT, que no está concebido en general en esos términos sino que opta por la descripción de las características técnicas y físicas requeridas a los productos.

### 5.5.4 Uso de términos no técnicos para describir las prescripciones

#### Resolución 183/2019

Para analizar la alegación de que los productos ofertados por MEDTRONIC no satisfacen el requisito de la “fijación avanzada”, debe partirse del hecho de que “Fijación avanzada”, más allá de su uso como nombre comercial, no es un término cuyo significado sea comúnmente conocido en el ámbito profesional, científico y técnico al que se refiere el objeto del contrato con un significado claro y unívoco; por el contrario, este término puede tener un alcance distinto según el caso, por ejemplo en razón de que cada fabricante o proveedor lo usa en un sentido diferente y no siempre coincidente, de modo que la misma denominación dé cobertura a soluciones técnicas diferentes aunque similares en su funcionalidad, que es evitar el movimiento indeseado del trocar durante su empleo (ver, “sensu contrario”, la Resolución 46/2018 del OARC / KEAO). En este sentido, no se ha acreditado por el recurrente que el citado término se refiera solo a los trocares con balón con exclusión de los que incorporan



otros mecanismos de fijación, como las estrías. Consecuentemente, y a la vista de que con base en la escueta e imprecisa descripción del PPT sería desproporcionado excluir a cualquier proposición que, como la de MEDTRONIC, contara con una solución técnica que pudiera considerarse incluida en el amplio (por ambiguo) término “fijación avanzada”, el recurso debe desestimarse.

#### 5.5.5 Diferencia con los criterios de adjudicación

##### Resolución 176/2019

Debe tenerse en cuenta que precisamente la diferencia entre las prescripciones técnicas y los criterios de adjudicación es que los primeros son los requerimientos mínimos que satisfacen el interés general que la prestación persigue y por debajo de los cuales el poder adjudicador no desea, consecuentemente, obligarse contractualmente, mientras que los criterios de adjudicación buscan la comparación entre ofertas que ya han superado dichos requerimientos para identificar la más ventajosa de todas las presentadas (ver las Resoluciones 156/2018, 122/2019 y 131/2019 del OARC / KEAO).

#### 5.5.6 Profesiones tituladas (ingeniería y arquitectura)

##### Resolución 109/2019

Como ya ha indicado este OARC / KEAO con anterioridad (ver su Resolución 176/2018), el ejercicio de las profesiones tituladas está sometido a reserva de ley formal según el art. 36 de la Constitución Española. Ello implica que la reserva del ejercicio de una determinada actividad a una profesión debe efectuarse por medio de una norma con rango de ley y que, de no existir esta, el principio general es el del rechazo de la exclusividad debiendo la aplicación del principio de libertad con idoneidad.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la STS de 20 de febrero de 2012 ECLI: ES:TS:2012:892, Fundamento de Derecho séptimo) al afirmar que « (...)con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene



manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues, como se recoge en aquella sentencia, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica.»

La única disposición que cita el poder adjudicador como sustento de su argumento de que únicamente puede ser un arquitecto quien redacte y dirija la obra a proyectar es el Decreto 17/2005, de 25 de enero, por el que se califica como Bien Cultural, con la categoría de Conjunto Monumental, el Casco Histórico de Azkoitia (Gipuzkoa), que carece del requisito básico y necesario para establecer la reserva de actividad a favor de una titulación en concreto de ser una norma con rango formal de ley.

Consecuentemente, la determinación de la titulación o titulaciones a requerir para ser el responsable de la redacción del Proyecto y dirección de obra del contrato que nos ocupa habrá de efectuarse en atención a las características intrínsecas del proyecto de que se trate, teniendo en cuenta el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión, la de arquitecto, por un lado, por ser la solicitada en el PCT, y la de ingeniero de caminos, canales y puertos, por otra, cuya inclusión se solicita por el recurrente.  
(...)

En resumen, lo solicitado es, tal y como afirma la recurrente, la redacción de un proyecto de urbanización; calificación del proyecto que, por otra parte, no ha sido puesto en duda por el poder adjudicador. A este respecto la jurisprudencia ha puesto de manifiesto el carácter multidisciplinar del urbanismo y la posibilidad de que distintos titulares de grado superior suscriban proyectos de urbanización (STS de Sentencia de 23 de marzo de 1.999, ECLI: ES:TS:1999:2021).



(...)

La razón que aporta el poder adjudicador para reservar la redacción del proyecto a una única titulación, la de arquitecto, es que el proyecto se ubica dentro del límite establecido por el Decreto 17/2005, por el que se califica el Casco Histórico de Azkoitia como Bien Cultural con la categoría de Conjunto Monumental, por lo que, a su juicio, los titulados en arquitectura son los que reúnen los conocimientos de contenido técnico y patrimonial necesarios para intervenir en dicho entorno urbano.

A juicio de este OARC/KEAO este argumento no puede prosperar por varias razones:

1) El régimen jurídico derivado de la calificación de Bien Cultural con la categoría de Conjunto Monumental no restringe a una única titulación las profesiones que pudieran realizar intervenciones urbanísticas en el conjunto protegido, lo cual es lógico y congruente habida cuenta de la múltiple naturaleza de las eventuales intervenciones que se pueden acometer en estos espacios, que pueden requerir de distintos conocimientos técnicos. El argumento del poder adjudicador, llevado al extremo, implicaría que, por ejemplo, las redacciones de los proyectos de intervención en los puentes de acceso al conjunto monumental únicamente pudieran suscribirlos arquitectos y no ingenieros de caminos, canales y puertos (ver, sentencia del TS de 20 de febrero de 2012 ECLI:ES:TS:2012:892).

2) La documentación contractual, esto es, el Estudio de alternativas y el PCT recurrido, no exige que el proyecto cumpla con algún requisito de tipo artístico o cultural, ni requiere que su redacción se deba sujetar al Decreto 17/2005. La única referencia que figura a esta norma es al objeto de justificar la restricción en exclusiva a la titulación de arquitecto la redacción del proyecto. En concreto, la selección de la oferta más ventajosa no incluye ningún criterio de adjudicación basado en características estéticas, de diseño o de integración en un entorno calificado como Conjunto Monumental, lo que es un indicador de que este aspecto no resulta especialmente relevante para el poder adjudicador.

3) La intervención en el Casco Histórico del municipio es una parte del proyecto a redactar (Fase 1), pero no afecta a la Fase 2 que, si bien es colindante con el Conjunto Monumental, carece de calificación alguna. Además, resulta relevante que el



presupuesto estimado de ejecución de las obras de la Fase 2 (590.248,88 €), que no se halla ubicado en el Conjunto Monumental, supera ampliamente el de la Fase 1 (367.195,04 €). Pero, incluso si se admitiera que en el conjunto histórico protegido los proyectos debieran ir firmados por un arquitecto, tampoco sería admisible una configuración del objeto contractual en el que se establece un monopolio a favor de una titulación basándose en argumentos que serían aplicables a poco más de una tercera parte del valor económico del contrato pudiendo ser el resto del objeto del contrato susceptible de licitación independiente (como lo serán las fases 3, 4 y 5 previstas en el Estudio de alternativas). Téngase en cuenta que este OARC/KEAO se ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 18/2015) en sentido contrario a una fórmula jurídica o elección de configuración del contrato que hagan injustificada o desproporcionadamente valiosa una característica que solo un posible licitador o grupo de licitadores ostenta.

4) Habida cuenta de que sólo una parte del proyecto a redactar se va a ejecutar en el Conjunto monumental y que el proyecto requiere del diseño y proyección de pasarelas, rampas, pasos de peatones, vados de peatones, pavimentos etc., no se puede negar la capacidad técnica real de los titulados en la ingeniería de caminos, canales y puentes para el ejercicio de la función de redactar el proyecto.

5) La supuesta falta de competencia de los ingenieros de caminos, canales y puertos en materias relacionadas con el arte o la historia alegada por el poder adjudicador, en el contrato que nos ocupa, podría ser completada por la especial formación que a estos efectos se le atribuye al arquitecto que, forzosamente, ha de integrarse en el equipo de trabajo según se establece en la cláusula 4 del PCT.

5.5.7 Discrecionalidad para la fijación de las prescripciones técnicas y mención “o equivalente”

#### Resolución 78/2019

En lo que respecta a la formulación de las especificaciones técnicas, resulta relevante señalar que, tal y como se expresa en la STJUE de 25 de octubre de 2018 (asunto C-413/17 ECLI:EU:C:2018:865, apartados 27, 28, 29 y 30), el artículo 42 de la Directiva



2014/24, a cuya transposición obedece el artículo 126 de la LCSP, (i) no establece una jerarquía entre los métodos para formular las especificaciones técnicas y no da preferencia a ninguno de esos métodos, (ii) que la normativa de la Unión relativa a las especificaciones técnicas otorga un amplio margen de apreciación al poder adjudicador para formular las especificaciones técnicas de un contrato y (iii) que este margen de apreciación está justificado por el hecho de que son los poderes adjudicadores quienes mejor conocen los suministros que necesitan y quienes mejor pueden determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados.

No obstante, el artículo 126 de la LCSP establece ciertos límites a la discrecionalidad que le asiste al poder adjudicador en la redacción de las especificaciones técnicas que, en todo caso, debe respetar. En concreto, exige que las especificaciones técnicas den a los operadores económicos igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación del contrato y que no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia (126.1 de la LCSP) y que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, no hagan referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos (artículo 126.6 de la LCSP). Este límite tiene una excepción, que es la de que tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 del artículo 126, en cuyo caso irá acompañada de la mención “o equivalente”.

En el contrato cuyos pliegos se impugnan se observa que tanto su objeto como las prescripciones técnicas que definen los servicios y suministros solicitados están redactados en referencia a una marca en concreto (IBM MÁXIMO), que es una solución informática concreta para la gestión de activos, de entre otras que existen en el mercado, ofrecida por un fabricante en concreto. Es más, la exigencia de una marca afecta a otras estipulaciones contractuales, como a los criterios de solvencia técnica o profesional que exigen que el licitador acredite experiencia en la realización de



servicios o trabajos sobre dicha plataforma informática o la disposición de un mínimo de plantilla de trabajadores con experiencia en la misma, o a los criterios de adjudicación, que plantean la comparación de ofertas de precios de licencias IBM MÁXIMO o de la experiencia en esta herramienta informática del equipo profesional ofertado. Consecuentemente, resulta indudable que las prescripciones técnicas, además de otras estipulaciones contractuales, han sido redactadas en referencia a una marca determinada contraviniendo lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LCSP. Además, el poder adjudicador no lo niega, es más, lo viene a confirmar al afirmar en el Informe de necesidad que consta en el expediente que solicitó a una consultora externa un análisis detallado de los requerimientos que debían ser cubiertos por la herramienta informática, así como una valoración inicial de productos de mercado que pudieran dar respuesta a las necesidades detectadas (último párrafo de la página 1). A juicio de este OARC/KEAO, en la práctica, este análisis ha resultado ser la selección de un producto de una marca en concreto. Esta actuación supone una restricción de forma arbitraria de la competencia, ya que potenciales licitadores que ofrecen soluciones equivalentes o análogas no podrán concurrir a la licitación mientras que, por el contrario, se favorece a determinados operadores económicos (aquellos que están en disposición de ofrecer la marca solicitada).

(...)

El artículo 126.6 de la LCSP dispone que es posible, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato con arreglo al apartado 5 de dicho artículo, hacer referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, siempre que lo justifique el objeto del contrato concretamente y que dicha referencia vaya acompañada de la mención o equivalente.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter de excepción que tiene esta disposición, las condiciones en las que el poder adjudicador puede hacer uso de esa posibilidad deben ser objeto de una interpretación estricta.

La necesidad de que las especificaciones técnicas sean lo más abiertas posibles encuentra su justificación en el considerando 74 de la Directiva 2014/24 al señalar



que, “Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado (...)”.

Téngase en cuenta que cuanto más detalladas son las especificaciones técnicas mayor es el riesgo de que los productos de un determinado fabricante se vean favorecidos (en este sentido, el apartado 37 de la STJUE de 25 de octubre de 2018 anteriormente citada), de lo que se desprende que el principio general consiste en formular en términos abiertos las especificaciones técnicas.

Consecuentemente, la posibilidad excepcional de la mención singular de una marca, de una patente o de figuras similares (siempre con el añadido o equivalente) en las prescripciones técnicas se debe basar en la existencia de razones para efectuar una descripción de éstas de forma detallada o, dicho de otra manera, que la definición de la prescripción requiera de la mención expresa de la marca, patente o figura similar pero, en ningún caso, se puede considerar que el mero hecho de adicionar a una marca concreta la locución o equivalente, sin justificación, es una manera de formular las especificaciones técnicas equiparable a las detalladas en el artículo 126.5 de la LCSP.

En el contrato que nos ocupa, este OARC/KEAO no aprecia la concurrencia de obstáculo alguno que impida una descripción del objeto del contrato conforme a alguna de las reglas establecidas en el artículo 126.5 de la LCSP, las cuales otorgan al poder adjudicador un importante margen de discrecionalidad al redactar las prescripciones o especificaciones técnicas para, desde un punto de vista funcional u otros, afrontar los objetivos del contrato, y, ni en el expediente, ni en la documentación contractual, ni en el informe del poder adjudicador consta referencia alguna a la excepcionalidad que pudiera justificar la elaboración de unas prescripciones o especificaciones técnicas referidas a una marca en concreto que, además, han ocasionado que otras estipulaciones esenciales del contrato, como la fijación de requisitos de solvencia técnica o profesional y criterios de adjudicación, reduzcan injustificadamente el círculo de licitadores potenciales a quienes se hallen



relacionados con dicha marca. Por el contrario, el Informe de necesidad se limita a manifestar que se solicitó a una consultora externa el análisis detallado de los requerimientos, así como una valoración inicial de productos de mercado y expresar que la solución seleccionada es IPM MÁXIMO, lo cual únicamente confirma que existen soluciones equivalentes en el mercado y, por consiguiente, que el poder adjudicador se ha apartado, sin justificación, de la regla general de establecimiento de las prescripciones técnicas del artículo 126 de la LCSP.

#### Resolución 47/2020

- 1) En síntesis, el artículo 126.6 de la LCSP prohíbe con carácter general que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas se refieran a una marca determinada, si bien se autoriza excepcionalmente tal referencia siempre que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del artículo 126.5 de la LCSP, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».
  
- 2) Según el informe del poder adjudicador en contestación al recurso, “el equipamiento objeto del contrato (...) responde a componentes extremadamente complejos en los que hay que verificar más de 1.000 parámetros técnicos para saber si se ajustan o son compatibles con el resto de sistemas con los que interaccionan en el proceso de producción”, de tal modo que acudir a uno de los sistemas del artículo 126.5 de la LCSP “hubiera puesto en riesgo el que algún parámetro técnico no fuera el requerido al no haber quedado concretado (recordamos, más de 1.000) y que, por tanto, no fuera adecuado o suficiente.” A juicio de este Órgano, esta argumentación no acredita que se dé en este caso la imposibilidad de descripción a la que alude el artículo 126.6 de la LCSP. El objeto del contrato es una prestación contractual tecnológicamente muy complicada y, consecuentemente, las prescripciones técnicas que deben exigirse a las ofertas como umbral mínimo para satisfacer las necesidades del poder adjudicador deben ser también de un gran nivel de complejidad y detalle. Sin embargo, ello solo implica que la elaboración del pliego que recoja dichas prescripciones será una tarea más difícil o prolija de lo que sería confeccionar el PPT de un contrato de objeto más sencillo, pero no que no puedan utilizarse las maneras de formular los requerimientos técnicos establecidos en el artículo



126.5 de la LCSP, ni mucho menos que solo pueda acudir a la referencia a una marca.

- 3) Parece que el poder adjudicador busca evitar el riesgo de que, en el complicado trabajo de elaboración del PPT según los parámetros del artículo 126.5 de la LCSP, se descuide u omita algún requisito mediante el recurso de acudir a una marca y modelo que, al parecer, sí satisface íntegramente todos los requerimientos técnicos imprescindibles. Sin embargo, esta opción impide a los operadores económicos presentar una oferta que también los satisfaga, sencillamente porque los desconocen. En este sentido, no puede pretenderse que los licitadores que ofrezcan productos de una marca que no sea SHURE, con la simple mención «o equivalente», o con la aún más equívoca, «o superior», puedan saber cuáles son los requisitos técnicos (más de 1.000, según ETB) que deben satisfacerse. Debe tenerse en cuenta que dichos licitadores son los que tienen la carga de probar la equivalencia con los citados requisitos y que lo han de hacer precisamente al presentar sus proposiciones (ver, en este sentido, la STJUE de 12 de julio de 2018, C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568), lo que en este caso se antoja imposible pues, aunque ETB parece conocerlos, no los expresa. Consecuentemente, la ruptura de los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia en favor de quienes comercialicen productos de la marca mencionada es evidente. Todo ello conduce a entender que la previsión excepcional del artículo 126.6 de la LCSP no puede aplicarse a un supuesto como el analizado, por muy prolijas que sean las especificaciones técnicas, rendimientos o exigencias funcionales necesarias.

#### 5.5.8 Arraigo territorial

##### Resolución 27/2019

Considera la recurrente que la exigencia de que el centro sanitario se encuentre ubicado en Bizkaia es una cláusula de territorialidad ilegal. Por el contrario, el poder adjudicador piensa que, en el presente caso, el arraigo territorial está vinculado al objeto del contrato y su exigencia es proporcional al mismo.



Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su nacionalidad o su domicilio social. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es la asistencia sanitaria y, en concreto, la prestación de unas terapias esenciales para la salud de pacientes especialmente vulnerables de las Organizaciones Sanitarias Integradas de Bizkaia para que sean realizadas en condiciones semejantes a los tratamientos dispensados en los centros del poder adjudicador. Este OARC/KEAO entiende que la medida adoptada es adecuada a la finalidad que persigue, el que las condiciones de acceso al servicio prestado mediante el contrato sean similares a las prestadas en la propia red pública, ya que se consigue que las condiciones de acceso al servicio sean equivalentes en cuanto a cercanía de los centros a los domicilios de los pacientes, tiempos de llegada a los centros, posibilidad de utilización del transporte público, eficiencia en la utilización del transporte sanitario programado, en suma, que las personas enfermas que van a recibir dichas prestaciones sanitarias no se vean obligadas a realizar largos desplazamientos de ida y vuelta que pudieran penalizar su salud. De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito se deba cumplir imperativamente, no en un concreto término municipal, sino en cualquiera de los 112 que componen el Territorio Histórico de Bizkaia ya que, como se ha manifestado anteriormente, la ubicación del centro asistencial es sumamente relevante para la realización del objeto de contrato, sin que dicha exigencia pueda calificarse como arbitraria o injustificada, dado que se encuentra motivada e incardinada en la necesidad que el contrato quiere satisfacer.



## Resolución 174/2020

En primer lugar, debe señalarse que la cláusula impugnada puede dificultar en gran medida o hacer menos atractiva la presentación de una oferta a cualquier operador económico que no disponga ya del punto de suministro al que se refiere (que podrían llegar a tener que radicarse en la zona exigida para atender a un único cliente), al mismo tiempo que favorece a las empresas ya arraigadas en el entorno geográfico del poder adjudicador. Debe tenerse en cuenta que el lugar exacto en el que radique el correspondiente local debe señalarse ya en la proposición (lo que obliga al licitador que no dispone ya de él, al menos, a formalizar algún tipo de compromiso con un tercero para adquirir su propiedad o uso en el caso de resultar adjudicatario), que debe albergar un stock mínimo importante (por lo que debe tratarse de un local de ciertas características y tamaño y de una inversión inicial significativa en suministros con posibilidades inciertas de venta) y que debe estar en funcionamiento en horario comercial (lo que puede implicar un coste adicional de personal). Para valorar la conformidad de una medida perjudicial para la libre prestación de servicios como la analizada con los principios generales de la contratación pública (igualdad de trato y no discriminación, libre competencia y libre acceso, especialmente), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ver, por ejemplo, la sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 25, así como, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 58/2018 del OARC / KEAO) ha establecido que tal medida solo es admisible si se aplica de manera no discriminatoria, si está justificada por razones imperiosas de interés general, si es adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado, se observa lo siguiente:

- 1) La condición se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su nacionalidad o su domicilio social.
- 2) Por lo que se refiere a su fundamentación en el interés general y la adecuación para satisfacerlo, el poder adjudicador alega que la estipulación asegura que su exigencia minimiza costes de tiempo y de combustible, así como una mayor



rapidez en la recogida de los materiales en caso de urgencia. A juicio de este OARC / KEAO, este argumento no es aceptable. El objeto del contrato consiste en el suministro de material eléctrico para la Brigada Municipal de Obras del Ayuntamiento, y debe entenderse que la mayor parte del mismo se entregará de forma habitual en la sede de la Brigada (c/ Kareaga Goiokoa, 88) tal y como establecen los pliegos y como se deduce de la propia naturaleza de las prestaciones demandadas, que son, en su gran mayoría, perfectamente previsibles y programables, por lo que la rapidez en la prestación de los servicios ante eventuales urgencias o averías no es un requerimiento de interés necesario para la correcta ejecución del contrato.

- 3) En todo caso, desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, ni siquiera para las entregas que pudieran considerarse urgentes (esporádicas dentro del contrato) está justificada la necesidad de un punto de suministro como el recogido en los pliegos (obligación permanente y gravosa del contratista). Este requisito va claramente más allá de lo necesario para alcanzar el fin que supuestamente lo justifica, y puede ser sustituido por medidas menos lesivas para la concurrencia, como el compromiso de transportar los productos a los locales del poder adjudicador o a otro lugar de Basauri (que es el sistema generalmente previsto en el propio contrato) o el almacenamiento del stock en los locales del poder adjudicador.

Consecuentemente, el motivo del recurso debe estimarse

#### 5.5.9 Prescripciones técnicas que superan los límites mínimos legales

##### Resolución 49/2020

Debe señalarse que, una cosa es que el marco normativo en vigor no exija este test de eficacia para el VPH y sí para otro tipo de virus, y otra la exigencia por parte del poder adjudicador de unas características adicionales, un plus, sobre las características mínimas legales que ninguna norma impide exigir, siempre que se trate de requisitos formulados de modo que puedan ser cumplidos por todos los potenciales licitadores y que están vinculados a las finalidades del contrato (ver la Resolución



29/2020 del OARC / KEAO), como la seguridad en la desinfección de las sondas ecográficas, por lo que el requisito exigido no puede considerarse arbitrario o caprichoso. Por ello, esta primera parte de la alegación debe desestimarse.

#### 5.5.10 Diferencia con los requisitos legales aplicables a la actividad contratada

##### Resolución 120/2020

En relación con este motivo de impugnación, debe señalarse que el apartado 3.2.2.6 del PPT, que el recurrente alega, no exige a las proposiciones la acreditación de un cumplimiento exhaustivo de todo el contenido de la Ley de Accesibilidad de la CAE, sino que se refiere única y exclusivamente a “la ubicación de los expendedores” que, según el mismo apartado, debe incluirse en el proyecto técnico. En este sentido, debe distinguirse entre los requisitos que los pliegos exigen a las ofertas (cuya infracción, en su caso, puede suponer la exclusión de la proposición) de los requisitos legales aplicables a la actividad contratada pero que no figuran en dichos pliegos, por lo que no pueden condicionar la admisión de las proposiciones, sin perjuicio de que sean exigibles al contratista para la correcta ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2014 del OARC / KEAO, confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28/7/2015, nº 377/2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:2409).

#### 5.6 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.

#### 5.6.2 No es necesario atender al valor económico de las mejoras

##### Resolución 26/2020

Finalmente, la valoración no tiene por qué atender necesariamente al valor económico de las mejoras, ya que, por un lado, no lo exigen los pliegos y, por otro, porque al ser un criterio discrecional y cualitativo no hay ninguna obligación o necesidad de convertir a unidades monetarias las ventajas que se evalúan.

#### 5.6.3 Diferencia entre las variantes y la versatilidad de la oferta

##### Resolución 120/2020

EYSA indica en su oferta que el parquímetro ofertado funciona con el sistema operativo Windows, si bien todos sus elementos son compatibles con el sistema Android; asimismo, la adjudicataria señala que se está trabajando en la migración de los aparatos a este último sistema, lo que posibilitaría que, en el futuro, el poder adjudicador pudiera optar por ser uno de los primeros ayuntamientos en disponer de esta tecnología. El informe técnico que sustenta la adjudicación, por su parte, considera “muy interesante” el “Compromiso de migración a Android y 5G”. A juicio de este



Órgano, esta propuesta no puede considerarse una variante, ya que no es una solución técnica alternativa a la prevista en los pliegos ni permite que el órgano de contratación elija entre dos soluciones posibles (ver, por ejemplo, la Resolución 32/2018 del OARC / KEAO); por el contrario, la posibilidad de una hipotética migración es una característica de una solución u oferta única que la hace más versátil porque permite, durante la ejecución del contrato, la evolución tecnológica de la prestación si el Ayuntamiento la considera oportuna, siendo perfectamente razonable que ello incremente el valor de la proposición.

## 5.7 Obligación de subrogación de trabajadores

### 5.7.1 Obligación legal

#### Resolución 169/2018

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que (...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 60/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información sobre personal a subrogar tiene la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación



de su oferta y que son los que, en su caso, pueden impugnar su inexactitud (ver la Resolución 118/2013 del OARC / KEAO). En este sentido, los pliegos no regulan la subrogación, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable como, por ejemplo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ver, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773), cuyo contenido no se vería en ningún caso alterado por la decisión que este Órgano pudiera adoptar.

### Resolución 110/2019

#### a) Sobre la subrogación en la LCSP

En síntesis, el artículo 130 de la LCSP establece que en los contratos afectados por una norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, existe para el poder adjudicador una obligación de incluir en el pliego que ha de regir la licitación la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. La literalidad de este precepto es ligeramente diferente a la de su antecedente, el artículo 120 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), que hablaba de los contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales; esta redacción podía dar lugar a entender que el clausulado del propio contrato público era título jurídico suficiente para la obligación de subrogación aunque esta no viniera impuesta por la legislación laboral o un convenio colectivo. Sin embargo, no fue esta la interpretación mantenida por los órganos de recursos contractuales, que en general consideraron que el mandato legal implicaba un deber de transparencia del poder adjudicador, el cual se limitaba a informar de una obligación preexistente con la finalidad de que los operadores económicos interesados pudieran conocer con precisión los costes laborales derivados del contrato y decidir, a la vista de ellos, si les interesaba presentar una oferta y, en su caso, el contenido de la misma (ver, por todas, la Resolución 49/2018 del OARC / KEAO). Esta interpretación es también la que adoptó el Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 de junio de 2016,



ECLI:ES:TS:2016:2675 (sala de lo contencioso) y de 12 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4773 (sala de lo social), y la que, ahora incluso con más apoyo en la estricta literalidad del precepto, ha mantenido el OARC / KEAO a propósito del artículo 130 de la LCSP (ver, por todas, su Resolución 169/2018); en síntesis, el criterio es que es a la legislación laboral a la que debe atenderse para imponer o no la obligación de subrogación. Desde este punto de vista, no cabe duda de que las cláusulas impugnadas no están amparadas por el citado artículo 130 ni tampoco por ningún convenio colectivo; dado que es claro (y las partes no lo discuten) que tampoco están habilitadas por el Estatuto de los Trabajadores u otra norma jurídica, y a la vista del debate suscitado entre las partes, debe analizarse si el Decreto 106/2008 puede legitimarlas.

#### b) Sobre el Decreto 106/2008 como fuente de la obligación de subrogación

Partiendo de la base de que el propio pliego no puede ser la fuente de la obligación de subrogación, debe analizarse ahora si el hecho de que el Decreto 106/2008 formalice un acuerdo entre el poder adjudicador y su personal que establece que las nuevas adjudicatarias de servicios externalizados garantizarán dicha subrogación es suficiente para considerar conformes a Derecho las estipulaciones impugnadas. A juicio de este OARC / KEAO, la conclusión es negativa. A diferencia del compromiso adquirido por la Administración en el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013, recurso 58/2012, ECLI:ES:TS:2013:3407, alegada por GIROA, el Decreto 106/2008 no establece taxativamente que Osakidetza deba incluir siempre y en todo caso en los pliegos cláusulas de subrogación obligatoria. Téngase en cuenta que el destinatario de la obligación no es aquí, literalmente, el poder adjudicador, sino terceros ajenos al Acuerdo, las nuevas adjudicatarias de los servicios externalizados, que siempre podrían alegar que el pacto no les vincula y que solo estarán obligadas a la subrogación si se dan los requisitos para ello (norma o convenio colectivo que la impongan) y no por la sola fuerza del Decreto 106/2008 o del contrato. Por ello, debe entenderse que, con una redacción no muy clara, lo que se ha buscado es instar a la Administración a hacer cumplir la normativa o los convenios que obligan a la subrogación en el caso de que sean aplicables, pero no imponer esta última por vía exclusiva del clausulado del contrato. No obstante, debe aclararse que, incluso en el caso de que el punto 13 se interpretara como un mandato



unívoco de introducir en todo caso una cláusula como la impugnada, ello no implicaría, evidentemente, una excepción normativa que exceptuara la prohibición general legislativa de que el contrato sea fuente de la obligación de subrogación; tan solo supondría el deber de Osakidetza de introducir una cláusula predispuesta en los pliegos, cuya adecuación al Ordenamiento debe verificarse en atención a las circunstancias concretas del contrato público en el que se inserta y del Derecho aplicable al caso, sin que dicho ajuste se pueda prejuzgar por su sola presencia en la norma que impone establecer la estipulación (ver, por ejemplo, la sentencia de 30 de diciembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, número 603/2014, ECLI:ES:TSJPV:2014:3937, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2016, número 1301/2016, ECLI:ES:TS:2016:2639). Consecuentemente, y dado que en este caso no hay ningún título jurídico válido para la obligación de subrogación, el recurso debe estimarse.

#### 5.7.2 Contenido mínimo de la información que debe facilitarse

##### Resolución 112/2019

El artículo 130.1 de la LCSP establece que el alcance de la información sobre la obligación de subrogación debe comprender las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo; además, se establece que, a tal efecto, el anterior adjudicatario del servicio está obligado a proporcionar, como mínimo, los listados del personal objeto de subrogación, con indicación del convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.

Una vez contrastados los requerimientos legales expuestos en el párrafo anterior con el contenido de los pliegos impugnados (cláusula específica 10 y Anexo I.2 del PCAP), este OARC / KEAO estima que el poder adjudicador ha cumplido sustancialmente con ellos; en particular, consta la siguiente información:



- la constancia expresa de que la información se proporciona en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP.
- el convenio colectivo que impone la obligación de subrogación es el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, publicado y registrado mediante la Resolución de 19 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo.
- se aporta un listado anonimizado de trabajadores con derecho a la subrogación que incluye la fecha de antigüedad, el convenio colectivo y acuerdos o pactos de empresa que les afectan, la categoría profesional, el tipo de contrato y su fecha de vencimiento, la jornada expresada en porcentaje y el salario bruto.

A juicio de este Órgano, la citada información satisface el contenido mínimo que en todo caso el artículo 130 de la LCSP exige que se incluya en los pliegos. A partir de ahí, el recurrente no ha demostrado que el anterior adjudicatario haya omitido ningún dato esencial para que los licitadores evalúen con exactitud los costes laborales de una posible oferta, ni que el poder adjudicador haya incumplido con la obligación de transparencia que le impone el citado precepto. En este sentido, AESPRI se ha limitado a mencionar determinadas vicisitudes que, eventualmente, podrían incidir en los contratos y que pueden haberse producido o no, reclamando que se informe de ellas (si el contrato pasó en algún momento a ser indefinido, si el trabajador está en incapacidad temporal...); este Órgano estima que la LCSP no pide una información tan exhaustiva (e imposible) que comprenda no solo los datos relevantes, sino también la aclaración negativa de que tales eventualidades no se han producido. Tampoco pueden aceptarse las observaciones sobre la fecha de antigüedad y el tipo de jornada, que se refieren a cuestiones interpretativas de la información aportada que no parecen afectar a su suficiencia ni ser de tal calibre que pueda entenderse vulnerado el principio de transparencia.

#### Resolución 130/2019

En el listado publicado como documento anexo al PCAP, que el poder adjudicador alega que contiene la información solicitada por la recurrente, se observa que los datos que figuran en la columna de Salario bruto anual consisten en, bien una remisión genérica al convenio (Lotes 2 y 3 y actividades de yoga y tai-chi), bien un importe/hora



(Lotes 1 y 4 y actividades de running, triatlón). Esta información no satisface el contenido del artículo 130.1 de la LCSP que especifica que entre la información que se deberá facilitar en todo caso debe figurar la del salario bruto anual de cada trabajador. Téngase en cuenta que la finalidad perseguida es la de proporcionar a los licitadores interesados información fehaciente sobre los costes laborales del personal a subrogar, o como especifica el mencionado artículo sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, lo cual únicamente se logrará facilitando la información relacionada en la norma, lo cual es incompatible con una remisión genérica a un convenio o con facilitar información sobre el salario de forma parcial. Estas objeciones no son aplicables al listado facilitado por la Federación Alavesa de Tenis de Mesa, que satisface la pretensión de la recurrente.

Finalmente, procede recordar que al objeto de satisfacer el principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP) y la finalidad que persigue el artículo 130 de la LCSP, es obligación del poder adjudicador el verificar el contenido de la información que a este respecto le facilita la empresa que está ejecutando el servicio (ver, en este sentido la Resolución 44/2014).

5.7.3 No hay obligación de que el nuevo contrato permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda mantener en él las mismas condiciones.

#### Resolución 5/2019

Por otro lado, como bien indica el Ayuntamiento, entra dentro de la discrecionalidad que le ampara en el diseño de la prestación establecer el número de horas de trabajo necesarias para cumplir con la finalidad del contrato, sin que exista un derecho subjetivo que permita al recurrente exigir al poder adjudicador una estructura de la obligación que permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda seguir en las mismas tareas que venía desempeñando anteriormente y bajo las mismas condiciones.



#### 5.7.4 Errores en la información sobre subrogación

##### Resolución 172/2020

La finalidad de la información que ha de facilitar el contratista saliente sobre el personal a subrogar por el contratista entrante y las consecuencias de facilitar esta información de forma errónea (artículo 130 de la LCSP) es incrementar el nivel de seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación que para los licitadores de un nuevo contrato representa la subrogación en los trabajadores de un contrato anterior en los supuesto legales en los que ésta procede y, a tal efecto, contempla dos medidas generales (i) que el contratista, que es quien mejor conoce la situación y circunstancias de su personal y su empresa aporte la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación y (ii) establecer un sistema de responsabilidad del contratista saliente junto con una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social y laboral (ver, en este sentido, el Expediente 69/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre “Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”). Así las cosas, la responsabilidad última de determinar qué información se debe facilitar al poder adjudicador para que éste la ponga a disposición de los licitadores o del contratista entrante recae en última instancia sobre el contratista saliente (en este sentido el Informe 126/18 de la JCCPE). Consecuentemente, los errores de la información facilitada por el contratista saliente en ningún caso le podrán beneficiar a él y perjudicar al resto de licitadores ni, lo que es importante para el caso analizado, oponerse válidamente al poder adjudicador, como se deduce, por ejemplo, del artículo 115.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), que establece que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieran causado.



## 5.8 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”).<sup>13</sup> Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

---

<sup>13</sup> Disponible en el enlace: [http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/electricity\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/electricity_es.pdf)



## **6. Cuestiones relativas a las proposiciones**

### 6.1 Documentación técnica y económica

#### 6.1.1 Libertad de configuración de la oferta

##### Resolución 168/2019

Debe tenerse en cuenta que, salvo que los pliegos impongan, por razones proporcionadas, una manera concreta de presentar la información, ha de primar la libre configuración de la misma por el licitador, que pudo introducir en ella la información correspondiente del modo que estimara más adecuado (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2019 del OARC / KEAO).

#### 6.1.3 Requisitos de extensión y forma de la oferta

##### Resolución 92/2019

En diversas ocasiones este OARC/KEAO se ha pronunciado sobre la exigencia en los pliegos de la licitación de una extensión de la oferta manifestando que su objeto es, entre otros, que la documentación de las ofertas sea homogénea en cuanto al tamaño y forma de su presentación (ver, en este sentido, la Resolución 60/2014) para facilitar su examen y valoración. Consecuentemente, el señalamiento en los pliegos del contrato de un requisito formal para la presentación de ofertas como el recurrido es perfectamente posible y legítimo. Igualmente, es cierto que una alteración de la extensión, forma, etc. podría producir desigualdades entre los licitadores, pues al aceptar ofertas que no son conformes al formato exigido se otorgaría a éstas una posición de ventaja respecto quienes sí han respetado las reglas fijadas en unos pliegos que los licitadores con la presentación de sus propuestas han aceptado de forma incondicional y sin salvedad alguna (cláusula 13. 2º del PCAP).

#### 6.1.4 No es necesario que la oferta acate expresamente todos los apartados de los pliegos



### Resolución 43/2020

(...) En primer lugar, es doctrina reiterada de este Órgano que, dado que la presentación de la oferta ya supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad del contenido de los pliegos (artículo 139.1 de la LCSP), no es necesario que la oferta incluya una aceptación o mención expresa de todos y cada uno de los apartados de la documentación contractual, salvo que los propios pliegos lo exijan (ver, por todas, su Resolución 21/2019); (...)

6.1.5 No es parte de la oferta la información contenida en otras fuentes

### Resolución 45/2020

El recurrente alega que el bien ofertado por la adjudicataria incumple la prescripción descrita anteriormente. Sin embargo, en la documentación técnica presentada por RICOH se establece que el modelo IM 350F tiene una velocidad de escaneo de 80 ipm BN y Color, por lo que es claro que sí satisface el requisito mínimo cuyo incumplimiento denuncia el recurso. A este efecto, es irrelevante lo que pueda deducirse de catálogos públicos o páginas web a los que haya accedido el recurrente, y ello por dos razones: la primera, porque la forma de acreditación del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigida por los pliegos es la documentación técnica aportada con la proposición y no ninguna otra (ver, por ejemplo, la Resolución 195/2019 del OARC / KEAO), y la segunda, que no puede considerarse como parte de la oferta el contenido de documentos que no se han incluido en ella, que no están protegidos por el secreto exigido en la LCSP hasta su apertura y que, además, como se ha visto en este caso, son modificables sin control alguno, en contra de la prohibición legal de negociar las ofertas o de alterarlas después de su presentación en el procedimiento abierto (artículo 156.1 de la LCSP).



## 6.2 Plazo de presentación

### 6.2.1 Inferior al establecido en la norma

#### Resolución 175/2018

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

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



### Resolución 102/2019

Debe tenerse en cuenta que los días deben entenderse naturales, si bien si el último día del plazo fuera inhábil (como en este caso), este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (ver la Disposición Adicional Duodécima de la LCSP), lo cual significa que el plazo no concluye hasta finalizar la última hora del último día del plazo, pues de lo contrario, el plazo del que disponen los licitadores no sería íntegro por no incluir completo el último día del mismo. Esta solución es la que figura en el artículo 3.2 b) del Reglamento CEE EURATOM 1182/71, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, así como el Considerando 106 de la Directiva 2014/24, que declara esta norma aplicable a los plazos establecidos en ella y, si bien el contrato analizado no está sujeto a regulación armonizada y por tanto no es aplicable directamente al asunto que nos ocupa, sirve de pauta interpretativa de cómo efectuar el cómputo de los plazos de presentación de ofertas.

Dado que en el presente caso los potenciales licitadores no disponen en su totalidad del citado último día del cómputo, debe entenderse que el plazo de presentación de ofertas incumple el artículo 156.6 de la LCSP, por lo que el motivo de recurso basado en la insuficiencia de dicho plazo debe estimarse.

#### 6.2.2 Proposición presentada fuera de plazo por supuesto mal funcionamiento de la Plataforma

### Resolución 167/2019

La base de la impugnación planteada es la alegación de que si la proposición de LOGSA no tuvo entrada en el plazo previsto en el anuncio de licitación fue por causas imputables al mal funcionamiento de la Plataforma y a la insuficiente asistencia prestada por sus servicios técnicos. A juicio de este OARC / KEAO, esta alegación no puede aceptarse y, consecuentemente, el recurso debe desestimarse por las razones que a continuación se exponen (ver, en el mismo sentido, la Resolución 182/2018 del OARC / KEAO):



1) En el expediente consta que el plazo de presentación finalizaba a las 9:30 del día 26 de junio, y la propia recurrente señala que a las 8:00 del mismo día procedió a habilitarse temporalmente para acceder al expediente. Si bien es cierto que los operadores económicos interesados deben disponer de la totalidad del plazo de presentación, de tal modo que sea indiferente qué momento elijan para hacer llegar su oferta al poder adjudicador, siempre que esté dentro de dicho plazo, es claro también que una empresa que opte por utilizar un periodo tan apurado debe ser consciente de que corre el riesgo de no disponer de un margen suficiente para solucionar posibles incidencias fortuitas o imputables a ella misma; tampoco puede pretender que la asistencia técnica facilitada por la Plataforma para ayudar en el proceso de envío sea tan eficaz en ese caso como cuando se trabaja sin tanta premura (debe tenerse en cuenta que la recurrente afirma que inició los intentos de contactar con dicha asistencia a las 8:30).

2) El informe emitido por el Responsable de Contratación Electrónica, que goza de presunción de veracidad por estar emitido por un funcionario público en razón de su cargo, indica que no ha habido fallo alguno en los sistemas informáticos o en los servicios de asistencia que haya impedido o dificultado la presentación de la oferta; por el contrario, dicho informe sí señala que se había realizado una habilitación temporal para licitar por una empresa distinta de la recurrente.

3) Por último, no cabe entender aplicable el artículo 136.2 de la LCSP (que permite ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas, de forma que todos los posibles interesados en la licitación puedan tener acceso a la información necesaria para elaborar estas), entre otras razones, porque su aplicación se condiciona a que el interesado hubiera formulado con la debida antelación su requerimiento de información (apartado 3 del artículo 138 de la LCSP), lo que aquí no se cumple.

4) A la vista de todo ello, no es necesario acceder al requerimiento de prueba solicitado en el recurso, pues se refiere a cuestiones que ya han sido acreditadas en el procedimiento.



### 6.2.3 Oferta presentada fuera de plazo por huelga

#### Resolución 79/2020

Las bases de la convocatoria, en concreto el anuncio publicado en el perfil de contratante, señala como plazo máximo de entrega de las ofertas contractuales el día 30 de enero de 2020 y el recurrente reconoce que la oferta se entregó el día 31 de enero, una vez transcurrido dicho plazo. La circunstancia invocada, la coincidencia en la fecha final de presentación de ofertas con la celebración de una huelga general, carece de las notas de imprevisibilidad y extraordinariedad alegadas por el recurrente. Téngase en cuenta que la convocatoria de una huelga general, que es un derecho fundamental regulado en el artículo 28.3 de la Constitución Española, se hace con la antelación y publicidad suficiente como para que todos los sectores económicos y sociales afectados tengan conocimiento de ella y la administración garantice la prestación de los servicios mínimos esenciales. Consecuentemente, siendo la recurrente un operador económico cualificado y teniendo conocimiento de dicha circunstancia, debió tomar las medidas necesarias para que la huelga no fuera un impedimento para tomar parte en el procedimiento de adjudicación del contrato.

(...)

Consecuentemente, únicamente cabe achacar a la falta de diligencia de la recurrente la presentación extemporánea de su oferta. Téngase en cuenta que los requisitos formales de presentación de las ofertas (plazo y lugar) son una garantía del principio de igualdad y transparencia que deben presidir el procedimiento de adjudicación del contrato (artículo 1 de la LCSP).

### 6.3 Secreto de la oferta y valoración separada

#### 6.3.1 Doctrina general

#### Resolución 215/2019

Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 197/2019) 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 a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).



### 6.3.2 Vulneración material del secreto

#### Resolución 157/2018

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

#### Resolución 12/2020

Finalmente, la actuación de la Administración ha contradicho materialmente el principio de valoración separada del artículo 146.2 de la LCSP. Debe tenerse en cuenta que el informe técnico que sustenta la evaluación del criterio discrecional “Valoración técnica de la prestación P5 Obras de mejora de ejecución voluntaria por el adjudicatario” no hace ninguna mención a que alguna de las mejoras propuestas en él por el recurrente no fuera realmente una “inversión en intervenciones de mejora de ejecución voluntaria”, lo que resulta llamativo a la vista del abultado porcentaje de obras y de importe que luego se ha descontado en la aplicación del criterio automático. Por lo tanto, el descuento efectuado, al estar basado en apreciaciones contrarias a las que fundamentan la puntuación atribuida en los criterios discrecionales o de dicho descuento es, de hecho, una revisión de la evaluación de dichos criterios, efectuada a la vista de la documentación sobre criterios automáticos.

#### Resolución 178/2020

En la presente impugnación no se discute si la recurrente ha cometido el error de incluir en el sobre “A” determinado contenido documental que debió incluirse en el sobre “B”, pues dicha circunstancia es admitida por las partes. El debate se suscita en la consecuencia que debe derivarse de ello. A juicio de este Órgano, deben estimarse los motivos impugnatorios de BERMIO PRINT por las siguientes razones:

- 1) En la licitación no existe ningún criterio sometido a juicio de valor que haya de ser valorado, pues todos los criterios de valoración son cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Tal y como señala la Resolución 244/2018 del



Tribunal Central Administrativo de Recursos Contractuales, esta circunstancia resulta trascendental para decidir la cuestión, pues al estar tasado el modo en que se van a valorar los criterios, no dependiendo de ningún juicio de valor, la mesa de contratación debe ajustarse a él. Por ello, para la adjudicación no es necesaria realizar la valoración previa o separada que la LCSP exige en sus artículos 146 y 159 única y exclusivamente para cuando coexisten en el procedimiento criterios de adjudicación objetivos y subjetivos, y, consecuentemente, desaparece la posibilidad de que pueda producirse el “efecto halo” en la atribución de las puntuaciones.

- 2) En este mismo sentido, el carácter automático de los criterios de adjudicación implica que la labor de la mesa de contratación se limita a aplicar las fórmulas y a sumar los puntos obtenidos. Así, no puede vulnerarse el principio de igualdad de trato entre los licitadores, ni el secreto de la oferta, pues el conocimiento previo de algún aspecto o dato relativo a sus proposiciones no va a poder afectar a las valoraciones, es decir, va a ser irrelevante para la adjudicación. Por ello, y dado que el anticipo de dicha información no tiene trascendencia alguna en la objetividad e imparcialidad del órgano de contratación, el error cometido por la recurrente a la hora configurar el contenido de los sobres no puede conllevar la exclusión automática de la oferta (ver, por ejemplo, la Resolución 198/2019 del OARC/KEAO).

### 6.3.3 Relevancia de la calificación del criterio de adjudicación como automático

#### Resolución 12/2020

Como se ha señalado anteriormente, el criterio debatido se establece en unos pliegos firmes y consentidos, vinculantes también para el órgano de contratación. La citada vinculación no solo implica respetar en el procedimiento de adjudicación el contenido del criterio, tal y como se establece en los pliegos, sino también su misma condición de criterio automático, igualmente fijada en la documentación contractual; en este sentido, la sola clasificación del criterio como sujeto a fórmula tiene ya varias consecuencias relevantes, como son el orden de apertura del archivo en el que se contiene para garantizar la evaluación separada establecida en el artículo 146.2 de la



LCSP y, especialmente por lo que importa al asunto, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con la paralela consecuencia de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.

#### 6.4 Ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas

##### 6.4.1 Doctrina general

##### Resolución 114/2019

La doctrina general de este Órgano sobre la verificación de la anormalidad de las proposiciones figura resumida en su Resolución 69/2019 en los siguientes términos:

- por lo que se refiere a la naturaleza y función de la institución, se trata de una excepción al principio que establece que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, la cual permite excluir las ofertas especialmente ventajosas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser normalmente cumplido si se perfecciona en los términos propuestos.
- la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las (...) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, y que es necesario que (...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser



posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya pericido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver también la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante, TACRC).

- en relación a la justificación de su oferta por el licitador incurso en temeridad, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; ver, por ejemplo, la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) y ahora, el artículo 149.4 de la LCSP.
- en cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en sospecha de temeridad, en la Resolución 97/2015 este Órgano Resolutorio ha sostenido que (...) hay que recordar que la finalidad última del procedimiento de apreciación de anormalidad o desproporción de una oferta es verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución –el artículo 152.4 TRLCSP dice que la oferta no puede ser cumplida–. Esta imposibilidad de la ejecución no puede deducirse, sin más análisis, del desglose de los costes de la proposición o del valor del margen de beneficio; en la Resolución 42/2015 se afirma que se (...) exige del órgano de contratación un juicio de viabilidad si estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, lo cual significa que la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (...); esta doctrina es igualmente aplicable al artículo 149 de la LCSP (ver la Resolución 68/2019 del OARC / KEAO).



- por lo que se refiere al sistema de fijación del umbral de sospecha de temeridad por referencia a la media de las ofertas, la citada sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001, establece la conformidad de esta fórmula con el derecho europeo de la contratación pública, si bien (...) el referido resultado no debe ser intangible, sino que la entidad adjudicadora debe poder reconsiderarlo siempre que sea necesario, teniendo en cuenta, entre otros factores, el umbral de anomalía de las ofertas en licitaciones comparables y las enseñanzas que puedan extraerse de la experiencia común (ver, en especial, el apartado 72).
- finalmente, se debe señalar que el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad y, en este sentido, en la Resolución 095/2015 de este OARC / KEAO se afirma que (...) debe recordarse que es reiterada doctrina, expresada sobre todo a propósito de la valoración de los criterios de adjudicación, pero extensible también al caso, que el OARC / KEAO no puede entrar a controlar el ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica, más allá de la verificación de que dicho ejercicio se ajusta a los límites jurídicos que lo constriñen, como son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, o el seguimiento de los principios generales del TRLCSP, especialmente el de igualdad y no discriminación (ver, por todas, la Resolución 90/2013 del OARC / KEAO).

#### 6.4.2 Apreciación de anormalidad basada en un error de hecho

##### Resolución 126/2019

A juicio de este Órgano, esta razón no es suficiente para sustentar la exclusión y considerar que ALOKABIDE ha hecho un uso correcto del margen de discrecionalidad técnica que le asiste. Y ello, porque parte de un error de hecho a la hora de valorar la justificación de la baja de la recurrente, ya que considera que el equipo mínimo exigido por los pliegos y ofertado por GIROA debe prestar el servicio en régimen de dedicación exclusiva.



#### 6.4.3 Requerimiento al licitador sospechoso de anormalidad

##### Resolución 196/2019

El requerimiento al recurrente para que justifique la viabilidad de su proposición es una reiteración parcial del artículo 149 de la LCSP y no hace ninguna mención a aspectos concretos de la proposición. Este contenido no satisface la exigencia del apartado 4 del citado precepto, que pide que dicho requerimiento se formule con claridad, de manera que el licitador incurso en sospecha de anormalidad esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Esta irregularidad ha causado indefensión en el recurrente, pues la exclusión, al contrario que el requerimiento, sí se ha fundamentado en dos cuestiones muy concretas que no se citaron en la solicitud inicial. Por otro lado, el poder adjudicador tampoco ha solicitado posteriormente aclaraciones adicionales más específicas que podrían haber despejado la sospecha de anormalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 701/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

#### 6.4.4 No cabe defender la viabilidad de la oferta sospechosa con base en supuestos diferentes de los de dicha oferta

##### Resolución 120/2019

(...) el principal argumento para solicitar la desestimación del recurso es que la defensa de la viabilidad de la oferta sospechosa de anormalidad se basa en supuestos diferentes de los que fundan la proposición de UTE ATELIER. A juicio de este Órgano, esta razón es suficiente para sustentar la exclusión y considerar que VISESA ha hecho un uso correcto del margen de discrecionalidad técnica que le asiste. Debe recordarse que el último párrafo del artículo 149.4 de la LCSP establece que se entenderá que la justificación aportada por el licitador sospechoso no explica satisfactoriamente la anormalidad del precio cuando, entre otros casos, se base en hipótesis inadecuadas desde el punto de vista jurídico. Dado que la inalterabilidad de las ofertas es una regla fundamental en los procedimientos abiertos como el que se analiza (artículo 156.1 de la LCSP), no puede entenderse conforme a Derecho una explicación que pretende



acreditar la viabilidad de la oferta proponiendo su ejecución en términos distintos de los inicialmente propuestos.

#### 6.4.5 La anomalía debe apreciarse en relación a la globalidad de la oferta

##### Resolución 22/2020

(...) En este sentido, debe recordarse que la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual debe comprobarse, consecuentemente, con relación a la globalidad de la oferta. Por ello, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto. Por lo tanto, para la aplicación del artículo 149.4 de la LCSP, es preciso conocer el peso relativo de cada precio unitario en el presupuesto global, dato que en el presente caso consta en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2015 del OARC /KEAO y la sentencia del Tribunal Supremo 4069/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4069, de 17 de diciembre de 2019).

#### 6.4.6 Justificación incompleta de la anomalía de la oferta

##### Resolución 92/2020

El poder adjudicador realiza un cálculo de los costes salariales de la recurrente con los datos aportados por esta tanto en su oferta técnica como en el informe de justificación. La consecuencia es clara: los costes de personal son notoriamente superiores a los justificados por la recurrente, pues en estos últimos no ha sido tenido en cuenta el incremento de la antigüedad en su integridad de la totalidad del equipo propuesto. Al respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 149.4 de la LCSP establece que se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos cuando esta sea incompleta (...), lo que en base al apartado 6 del mismo artículo conllevará la exclusión de la licitación. Si bien es cierto que este Órgano entiende, al igual que otros Tribunales y Órganos de Recursos Contractuales (ver, entre otras, la Resolución 436/2016 del TACRC, la Resolución 163/2016 del Tribunal de Contratos Públicos de Cataluña y la Resolución 385/2015 del Tribunal



Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura), que cuando el umbral de temeridad ha sido superado en un escaso importe, lo que supone un indicio muy débil de anormalidad, el operador económico no tiene por qué justificar exhaustivamente su oferta, y se exige una motivación mayor para proceder a la exclusión de una oferta de estas características que cuando el margen se supera ampliamente, esta consideración debe decaer ante la incompletud de la justificación. Por otro lado, en el supuesto que nos ocupa, este último ha realizado el esfuerzo necesario para desvirtuar la explicación de la oferta económica de PAYMACOTAS, acreditando que la justificación es incompleta por la razón anteriormente expuesta.

6.4.7 Justificación de la anormalidad basada en una actuación propia ilícita que beneficia al licitador sospechoso y perjudica a los demás

#### Resolución 172/2020

A la vista de todo lo anterior, se observa que el poder adjudicador ha efectuado el trámite de verificación de la oferta incurso en valores de anormalidad de conformidad con las exigencias del artículo 149.4 de la LCSP, habiendo solicitado a la recurrente información sobre los puntos precisos de la oferta que han suscitado sus dudas, quien ha podido justificar de su oferta por dos veces. El órgano de contratación ha acordado la exclusión sobre la base de que, resumidamente, en la justificación se modifica la información contenida en la oferta técnica, que los costes laborales incumplen el convenio colectivo y que en lo referente al salario del taquillero se infringe la normativa sobre subrogación. En concreto, alega que la recurrente, en la justificación de su oferta aportada con ocasión del segundo requerimiento, manifiesta que para un total de 1.250 horas anuales se abonará un salario de 14.137,5 €, lo que no guarda proporcionalidad con el salario anual contenido en la documentación que, como adjudicataria del contrato que precede al que ahora se licita, facilitó al poder adjudicador en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP, en la que indicaba que a este personal le correspondía un salario bruto anual de 13.024,080 € para una jornada de 18 horas/semana. A ello opone la recurrente que los datos que en su día facilitó al poder adjudicador se basan en un error y, a tal efecto, aporta un certificado de la empresa encargada de la llevanza de las nóminas, en la que se señala que el número de horas efectivamente prestadas por dicha trabajadora durante el año 2018 ascendió



a 1.175,5 horas, que son superiores a las 18 horas/semana que figuran en la información facilitada en su día. A juicio de este Órgano, procede, antes de analizar las demás cuestiones debatidas en torno a la viabilidad de la proposición del recurrente, exponer varias consideraciones sobre la relevancia de esta discrepancia:

- 1) La finalidad de la información que ha de facilitar el contratista saliente sobre el personal a subrogar por el contratista entrante y las consecuencias de facilitar esta información de forma errónea (artículo 130 de la LCSP) es incrementar el nivel de seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación que para los licitadores de un nuevo contrato representa la subrogación en los trabajadores de un contrato anterior en los supuesto legales en los que ésta procede y, a tal efecto, contempla dos medidas generales (i) que el contratista, que es quien mejor conoce la situación y circunstancias de su personal y su empresa aporte la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación y (ii) establecer un sistema de responsabilidad del contratista saliente junto con una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social y laboral (ver, en este sentido, el Expediente 69/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre “Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”). Así las cosas, la responsabilidad última de determinar qué información se debe facilitar al poder adjudicador para que éste la ponga a disposición de los licitadores o del contratista entrante recae en última instancia sobre el contratista saliente (en este sentido el Informe 126/18 de la JCCPE). Consecuentemente, los errores de la información facilitada por el contratista saliente en ningún caso le podrán beneficiar a él y perjudicar al resto de licitadores ni, lo que es importante para el caso analizado, oponerse válidamente al poder adjudicador, como se deduce, por ejemplo, del artículo 115.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), que establece que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieran causado.
- 2) La recurrente pudo haber puesto de manifiesto la discrepancia analizada en cualquiera de las fases anteriores del procedimiento de adjudicación del contrato, incluida la de la tramitación del procedimiento incidental tendente a



apreciar la viabilidad de la oferta donde debe explicar la composición de su oferta, pero lo ha hecho con ocasión de la interposición del recurso especial, cuando este argumento le es favorable para justificar uno de los motivos en los que basa la exclusión de su oferta el poder adjudicador, por lo que esta nueva información, con independencia de que se deba a un error o a una actuación cuando menos negligente, no la puede favorecer, pues sería contrario a la buena fe que se beneficiara de una actuación propia que ha perjudicado a sus competidores (artículo 7.1 del Código Civil), quienes han manifestado durante el procedimiento de tramitación de este recurso especial que han confeccionado su oferta sobre la base de la información contenida en las bases de la licitación.

- 3) Además de lo ya expuesto, este Órgano estima que el citado documento aportado en fase de recurso no puede ser aceptado en virtud del artículo 118.1 párrafo segundo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que dispone que No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado.
- 4) A juicio de este Órgano, lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores lleva a dar la razón al poder adjudicador cuando alega que la explicación inicial de la viabilidad de la proposición expuesta por la recurrente no justificaba las condiciones de la subrogación en los términos de la información que figuraba en los pliegos firmes y consentidos. En cualquier caso, la justificación de MOLATU debe descartarse porque se basa en una hipótesis o práctica inadecuada desde el punto de vista jurídico (artículo 149.4 de la LCSP), ya que implica obtener una ventaja competitiva ilegítima con infracción de los principios de competencia e igualdad de trato del artículo 1.1 de la LCSP.



#### 6.4.8 Momento para apreciar la normalidad

##### Resolución 143/2020

La justificación solicitada más bien parece obedecer a la voluntad del poder adjudicador de verificar la composición de las ofertas en orden a apreciar su seriedad, es decir, que puede ser normalmente cumplida en sus propios términos y con respeto a los pliegos y a la normativa aplicable, incluida la de carácter social o laboral y los convenios colectivos. La exigencia de una justificación previa de la seriedad de una oferta conculca el espíritu de la Ley 31/2017 y de la DSE en materia de apreciación de las ofertas anormalmente bajas, basado en la previa tramitación de un procedimiento contradictorio (ver, por ejemplo, el apartado 52 de la STJUE, de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640) que no puede sustituirse por otro diferente del legalmente previsto (ver, por ejemplo, las Resoluciones 86/2015 y 129/2017 del OARC / KEAO); de hallarse incurso la oferta en presunción de anormalidad según los parámetros especificados en los pliegos de la licitación, es fundamental que el licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de alegar oportunamente su punto de vista al respecto, ofreciéndosele para ello la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los componentes de su oferta en un momento, que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas, en el que tenga conocimiento no sólo del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver, en este sentido el apartado 53 de la STJUE de 27 de noviembre de 2001, citada anteriormente). Consecuentemente, no se pueden verificar los componentes de una oferta sospechosa de anormalidad con la justificación aportada junto con la oferta, sino que el inicio del debate contradictorio entre la entidad adjudicadora y el licitador sospechoso, en el que éste debe justificar su oferta, ha de iniciarse con posterioridad a la presentación de las ofertas, una vez abiertas todas las plicas, por lo que el documento omitido tampoco tiene utilidad para este fin.



## 6.5 Subsanación y aclaraciones

### 6.5.1 Aclaración de las ofertas

#### Resolución 184/2018

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

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



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

#### Resolución 99/2019

Esta conclusión tiene la consecuencia de que, al no haber ambigüedad o error en la oferta, tampoco cabe ninguna solicitud de aclaración o subsanación. El trámite seguido equivale, en realidad, a la reelaboración de la oferta inicial y a la admisión por GUEDAN (en el mismo procedimiento de adjudicación, y no solo en las alegaciones al recurso; ver las Resoluciones 9 y 112/2016 de este OARC / KEAO) que su proposición incurre en un error manifiesto en su importe, lo que, según el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), supone que debe ser desechada, sin que quepa que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable, especialmente a la vista de que la cuestión debatida fue objeto expreso de una aclaración publicada, plenamente respetuosa con el sentido de los pliegos y que pudo conocer antes de la citada elaboración (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

#### Resolución 141/2019

3) A juicio de este Órgano, la documentación presentada es confusa en cuanto a los resultados que acreditan ambos certificados; así lo demuestra el hecho de que AMD haya tenido que explicar la discrepancia entre ellos mediante una elaborada interpretación, ofrecida en el escrito de recurso y que en absoluto se deduce inequívocamente de la documentación aportada. Ello indica que la contradicción que fundamenta el acto impugnado existe realmente y que la exclusión no obedece a que el poder adjudicador haya ignorado la intención evidente del licitador. Además, como bien argumenta el informe de la Administración y admite implícitamente la recurrente, la discrepancia se extiende también al objeto de los análisis certificados, que se corresponden con dos productos distintos, lo que implica que la duda no versa únicamente sobre las características técnicas del suministro, sino sobre la misma



identidad de lo ofertado. Por todo ello, debe considerarse que la exclusión de la proposición de AMD es correcta, habida cuenta de que incurre en contradicciones que impiden conocer su verdadero alcance (ver el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la cláusula 14.1 b) de las Condiciones Generales del Contrato).

4) En contra de lo que señala el recurrente, la contradicción no era susceptible de ser despejada mediante un trámite de subsanación o aclaración de la oferta, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la doctrina de este OARC / KEAO establecen que su admisibilidad se condiciona, entre otros límites, a que no suponga de hecho una reelaboración de la oferta (ver, por todas, la Resolución 89/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122). Consecuentemente, no cabe un trámite que, como el que reclama AMD, permita al licitador elegir uno de los posibles sentidos de una proposición contradictoria y añadir a su contenido una interpretación apoyada en datos ajenos a la documentación aportada y que dista mucho de ser, como pide el TJUE, una “mera aclaración” o la subsanación de “errores materiales manifiestos” (ver el apartado 50 de la sentencia del asunto C526/16, citada anteriormente). Por otro lado, debe recordarse que no es aceptable que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191); en este caso, el recurrente debe asumir las consecuencias de incluir en su proposición documentación evidentemente contradictoria.

#### Resolución 178/2019

Como ha señalado anteriormente este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 153/2018), los errores en la confección de la oferta económica que impidan conocer la verdadera voluntad del licitador suponen su exclusión sin que quepa subsanación alguna. Sin embargo, la exclusión no será procedente, y procederá la subsanación o aclaración, cuando dicha verdadera voluntad del licitador pueda deducirse del contexto de toda la proposición, de forma indirecta e interpretando toda ella en su



conjunto, de modo que pueda reconocerse de modo indubitado la intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error en su plasmación (ver también la Resolución 115/2016 del OARC / KEAO). En este caso, se estima que lo razonable es entender que la voluntad de la UTE adjudicataria, ocultada por un error en su exteriorización, pero clara en la globalidad de la documentación aportada, era ofertar un plazo de ejecución de 37 meses (es decir, una reducción de 4 meses sobre el plazo máximo), por lo que los términos de la adjudicación son correctos y el recurso debe desestimarse por los motivos que se exponen a continuación:

1) Entender que la verdadera intención de la UTE adjudicataria fue ofrecer un plazo de 37 meses y no de 41 meses se apoya en varios argumentos. En primer lugar, la mención a los 41 meses en la documentación técnica era obligada para no infringir la valoración separada de los criterios discrecionales y de los sujetos a evaluación automática prevista en el artículo 146.2 de la LCSP, y la propia ETS indujo esa conducta en los licitadores mediante su aclaración y cuenta con que el plazo realmente propuesto es el que consta en el Anexo III.4 a incluir en el sobre B. En segundo lugar, aunque el plazo se menciona en dos documentos del sobre B, lo cierto es que solo uno de ellos está específicamente diseñado para señalar el plazo ofertado evaluable como criterio de adjudicación y puntuarlo en consecuencia (37 meses en este caso), mientras que en el otro la indicación sobre el plazo (41 meses, precisamente el máximo admisible) es accesorio respecto a la finalidad principal del documento, que es conocer el precio bajo el que se propone ejecutar el contrato. Finalmente, no es razonable pensar que un operador económico con la experiencia y capacidad que se presupone a cualquier empresa que participe en una licitación de la dimensión de la analizada utilice sus recursos humanos y su tiempo en motivar extensamente la viabilidad técnica de un plazo de ejecución distinto del que realmente quiere ofrecer, siendo más lógico entender que es la justificación presentada de realización de la obra en el plazo de 37 meses la que se corresponde con su verdadera voluntad y que el error radica en la escueta e incidental mención de los 41 meses.

2) Consecuentemente, debe entenderse que el licitador cometió un error en la expresión de su intención contractual cuando señaló el plazo de 41 meses, posiblemente provocado porque ese es el plazo máximo y el que ya figuraba (por petición del poder adjudicador) en la documentación técnica. En estas circunstancias,



la solicitud de una aclaración no es una alteración de la oferta, prohibida en los procedimientos abiertos (ver el artículo 156.1 de la LCSP y ver, por todas, la Resolución 141/2019 del OARC / KEAO, así como la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122), sino un trámite para confirmar que la verdadera voluntad de la UTE adjudicataria es la que racionalmente se deduce con claridad de toda la documentación por ella aportada (ver, en este sentido la sentencia del TSJPV de 27 de marzo de 2018 ECLI: ES:TSJPV:2018:1129). A estos efectos, es indiferente que ETS solicitara o no la citada aclaración, pues lo cierto es que en ningún caso podría reprochársele al licitador la falta de actuación del órgano de contratación.

#### 6.5.2 No cabe subsanar las carencias probatorias de los documentos

##### Resolución 137/2018

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

#### 6.5.3 Plazo adicional para aportar un documento

##### Resolución 204/2019

A la vista de todo lo anterior, este OARC / KEAO entiende que la exclusión de la oferta es una decisión desproporcionada porque la omisión del documento debatido no impide la acreditación de la aptitud del licitador, ni la valoración de su oferta, ni supone dejar de demostrar el cumplimiento de una prescripción técnica cuya contravención haga inviable la proposición. Consecuentemente, la concesión de un plazo adicional para su aportación (que no para su elaboración) no altera el principio de igualdad de trato, pues no concede ventaja alguna al recurrente sobre los demás licitadores ni supone la reelaboración de la oferta y no añade nada a los aspectos que, según los pliegos y la propia aclaración del poder adjudicador, deben tenerse en cuenta para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Por lo tanto, este motivo de recurso debe estimarse.



### Resolución 211/2019

A la vista de lo señalado en el párrafo anterior, se observa que el documento omitido se refiere a un dato que ya es conocido con certeza por el poder adjudicador, de modo que, en el caso de que se concediera un plazo adicional para que el recurrente lo aportara, su contenido no podría ser diferente del que ya obra en poder de la Administración (y que sirvió para aplicar la fórmula a las demás ofertas), so pena de no cumplir con el requisito de que se trate de la tarifa efectivamente “vigente”. Llegados a este punto, es claro que la concesión del citado plazo adicional no permite una reelaboración de la oferta (prohibida en los procedimientos abiertos, según el artículo 156.1 de la LCSP; ver también, por todas, la Resolución 160/2019, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122), que podría ser comprendida en sus propios términos y evaluada con base en datos externos a la propia proposición aun cuando faltara el documento omitido; por el contrario, se trata simplemente de facultar la subsanación de una omisión puramente formal, lo que no afecta a ningún dato relevante para la selección de la mejor oferta o para conocer su adecuación a las prescripciones técnicas, y que no conlleva infracción alguna del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

### Resolución 30/2020

Este trámite de subsanación no constituiría una modificación de la oferta porque el objeto ofrecido sería en todo caso exactamente el mismo y el requerimiento se referiría a un documento cuyo origen anterior respecto a la finalización del plazo de presentación de ofertas es objetivamente verificable (ver, por analogía, los apartados 39 y 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 2013, asunto C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647).



#### 6.5.4 Reelaboración de la oferta

##### Resolución 195/2019

Los pliegos establecen la presentación de una declaración del licitador y de una documentación que la acredite. En este caso, el adjudicatario sí ha presentado la declaración, pero no hay acreditación documental; por el contrario, el documento presentado desmiente expresamente la declaración. Consecuentemente, la documentación presentada es incompleta y el requisito no puede darse por acreditado en la forma establecida por las bases de la licitación. (...) Las alegaciones de CANON pretenden hacer valer pruebas físicas que demostrarían que, con independencia del contenido de la ficha técnica del fabricante, cualquiera de las bandejas soporta gramajes superiores a los exigidos por el PPT sin que ello suponga incidencias en el funcionamiento de los equipos. Esta alegación no es aceptable por varios motivos: en primer lugar, supone sustituir el medio de prueba del cumplimiento del PPT expresamente previsto en los pliegos por otro distinto y no contemplado en las reglas de la licitación; en segundo lugar, no cabe aceptar la modificación de la oferta en un procedimiento abierto, y eso sería precisamente, y no una mera aclaración o subsanación, permitir la aportación “a posteriori” de información complementaria sobre el alcance técnico de la proposición (ver, por todas, la Resolución 141/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122).

##### Resolución 2017/2019

La recurrente considera que la aportación por la adjudicataria de un compromiso de depósito de garantía definitiva en la fase del procedimiento contradictorio para la justificación del valor anormalmente bajo supone una modificación de la oferta, lo que conllevaría su exclusión. Este motivo impugnatorio tampoco puede aceptarse, pues al no haber sido tomado en consideración dicho compromiso por el poder adjudicador no cabe hablar de modificación de la oferta; en este sentido, no consta que el acuerdo de adjudicación haga mención al respecto, ni que dicha adjudicación se haya efectuado o condicionado a parámetros distintos que los propios de la oferta. En todo caso, debe tenerse también en cuenta que la constitución voluntaria por el licitador de



garantías adicionales a las legal o contractualmente previstas para afianzar sus obligaciones se halla al margen del procedimiento de adjudicación del contrato y, por tal razón, no requiere del consentimiento del poder adjudicador para su perfección y es una cuestión que pertenece al ámbito de sus criterios empresariales.

#### 6.5.5 Subsanación y aclaraciones fuera del procedimiento

##### Resolución 201/2019

El recurrente aporta un correo electrónico de fecha 24 de junio en el que una persona adscrita al poder adjudicador le solicita, “con la mayor brevedad posible”, la entrega de las tarifas en un formato legible y la aclaración de las tarifas indicadas en un archivo que se adjunta al correo. En respuesta a este requerimiento, AURTENETXEA presentó, en formato digital, documentación adicional a su proposición. Este trámite se ha producido completamente al margen del procedimiento establecido; sin entrar ahora a comprobar si se trata de meras aclaraciones o subsanaciones de errores o si, por el contrario, estamos ante una invitación a reelaborar la oferta (lo que no está permitido en un procedimiento abierto, según el artículo 156.1 de la LCSP), lo cierto es que solo la Mesa de Contratación puede acordar la solicitud de aclaraciones o subsanaciones (ver, por ejemplo, el artículo 9.2 a) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi), y no consta en el expediente que este órgano colegiado haya tomado decisión alguna al respecto. La consecuencia relevante para el caso analizado es que, dada la informalidad de la actuación, debe aplicarse el criterio general, que impide a la Mesa de Contratación hacerse cargo de ningún documento que no hubiese sido entregado durante el plazo de admisión de ofertas o que no hubiese solicitado en vía de subsanación (ver la cláusula general 14.2 del PCAP y, por ejemplo, el artículo 83.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas); por ello, no puede tenerse en cuenta el pen drive entregado por AURTENETXEA al que se refiere el recurso.



#### 6.5.6 Omisión en la oferta de los precios unitarios

##### Resolución 99/2020

La controversia entre las partes se reduce a una única cuestión: la consecuencia de que la oferta haya omitido los precios unitarios que debían constar en el Anexo A de la oferta (circunstancia sobre cuya veracidad no discuten las partes). A juicio de este Órgano, la falta de cumplimentación del Anexo es un defecto insubsanable que supone la exclusión de la proposición, por lo que la actuación del poder adjudicador ha sido correcta y el recurso debe desestimarse de acuerdo con los argumentos que se exponen a continuación:

- a) Los apartados de la carátula del PCAP reproducidos más arriba son claros en requerir que la oferta incluya los precios unitarios correspondientes a los conceptos establecidos, y también es clara en señalar que la consecuencia es la exclusión de la proposición. Con independencia de lo anterior, se observa que, en cualquier caso, los precios unitarios son aquí un elemento esencial del contrato, de tal forma que su carencia impide conocer los términos bajo los cuales pretende obligarse el licitador en el caso de resultar adjudicatario. Debe tenerse en cuenta que, como bien indica el apartado 10 bis de la carátula del PCAP, el tipo de licitación es una cantidad máxima sobre la que versarán las ofertas para su comparación y no es sino un producto secundario de los precios unitarios, que son la base para su cálculo, de modo que, una vez conocidos estos, puede conocerse dicha cantidad. Este “tipo de licitación”, además, no tiene más valor que el de posibilitar la aplicación de los criterios de adjudicación de modo igualitario para todas las proposiciones, y puede no corresponderse con el número de unidades efectivamente demandadas, lo que es coherente con la fórmula contractual elegida, en la que este número es, por definición, estimativo (ver el apartado 12 de la carátula del PCAP, así como la Disposición adicional 33<sup>a</sup> de la LCSP y la Resolución 81/2020 del OARC / KEAO).
- b) No es aceptable la alegación del recurrente en el sentido de que la omisión de los precios unitarios no impide la evaluación de la oferta y que dichos precios se refieren a un aspecto que solo es relevante para la ejecución del contrato.



En primer lugar, aunque la oferta sí expresa el precio global estimado sobre el que se aplica la evaluación del precio más ventajoso, dicha cantidad se calcula, como ya se ha dicho, con base en los precios unitarios ofertados, que es precisamente el dato omitido y el que contiene la verdadera voluntad contractual del licitador. En segundo lugar, que el dato solo sea relevante para la ejecución del contrato no le priva de su esencialidad; por el contrario, un contrato de tracto sucesivo y por precios unitarios en el que no constan estos últimos carece de un precio cierto y determinado, elemento fundamental del contrato público (artículo 102.1 de la LCSP).

- c) Tampoco puede admitirse que el defecto que justifica la exclusión fuera subsanable. La falta absoluta de mención de los precios unitarios impide conocer directamente el contenido de la oferta del licitador sobre un aspecto que, como ya se ha dicho, es esencial en el contrato; como bien apunta el poder adjudicador, la verdadera voluntad de la empresa excluida al respecto tampoco puede deducirse indirectamente del contexto de toda la proposición (lo que indicaría que dicha voluntad ha quedado oculta por un error en su plasmación), por lo que no puede ser objeto de aclaración o subsanación alguna (ver, por ejemplo, la Resolución 178/2019 del OARC / KEAO). Consecuentemente, una declaración de la recurrente señalando cuáles son los precios unitarios que oferta sería en realidad una reelaboración de su proposición, lo que no es aceptable en un procedimiento de adjudicación abierto y sobrepasa el alcance propio de una subsanación o aclaración (ver, por todas, la Resolución 215/2019 y el artículo 156.1 de la LCSP).

#### 6.5.7 Alteración sustancial del modelo de oferta

##### Resolución 115/2020

Los pliegos establecen con meridiana claridad (como puede observarse en las cláusulas más arriba transcritas) que el precio global de referencia para el mantenimiento resultará de multiplicar los precios unitarios por la estimación de horas de cada perfil y los meses totales; es decir, dos de los tres componentes de la fórmula se encuentran establecidos en los pliegos y no pueden alterarse (horas estimadas y



número de meses). La recurrente al conformar su oferta económica ha variado sustancialmente esta forma de conformar el precio del contrato y ha multiplicado el precio/hora por 70 horas, modificando en la práctica dos de los componentes de la fórmula (nº de horas estimadas de cada perfil y meses totales estimados) en dos de los tres perfiles, pasando de las 2 horas estimadas mensuales por 30 meses (que arrojarían un total de 60 horas) que se establece en el modelo de proposición económica como forma de cálculo del precio total ofertado, a las 70 horas consignadas en su oferta. de conformidad con lo establecido en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, circunstancia esta que no ha sido respetada por la recurrente, lo que supone una alteración sustancial del modelo de proposición económico que comporta el rechazo de la proposición conforme al artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

6.5.8 Subsanación de la documentación presentada por el licitador que ha presentado la oferta mejor valorada

#### Resolución 138/2020

El artículo 150.2 de la LCSP establece el procedimiento para que el licitador que hubiera presentado la mejor oferta presente, a requerimiento del poder adjudicador, entre otros documentos, la documentación justificativa de la solvencia exigida.

El precepto no menciona la posibilidad de subsanación o aclaración de la documentación aportada en cumplimiento de este concreto trámite, pero el recurrente afirma que debió concederse, alegando en su favor la doctrina de tribunales de recurso especial y órganos consultivos. A juicio de este Órgano, la falta de mención de la LCSP debe interpretarse aquí en el sentido de que, no solo cabe la citada subsanación o aclaración, sino que el poder adjudicador está obligado a concederla, y ello por las siguientes razones:

- 1) El apartado 3 del artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE (en adelante, DCP), primero del epígrafe titulado “Selección de los participantes y adjudicación de



los contratos” y significativamente titulado “Principios generales”, establece que “Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.” El citado precepto comprende en su ámbito de aplicación cualquier información o documento que deban aportar los licitadores, sin distinguir si debe incluirse en la proposición a la que se refiere el artículo 139 de la LCSP, como parte de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 140 de la LCSP), o como uno de los extremos que ha de acreditar el licitador que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP), que es el caso analizado.

- 2) Si bien el artículo 141.2 de la LCSP permite la subsanación de defectos de la documentación recogida en el artículo 140 de la LCSP (ver también el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP), no hay una norma que recoja expresamente el mismo trámite para los documentos del artículo 150.2 de la LCSP.
- 3) Una vez transcurrido el plazo de transposición de la DCP sin que el legislador haya incorporado expresamente al Ordenamiento nacional la posibilidad de subsanar la documentación del artículo 150.2 de la LCSP (o, en su caso, la imposibilidad de hacerlo, como faculta la propia DCP), este Órgano entiende que debe aplicarse al caso el artículo 56.3 de la DCP, dado que se trata de una norma precisa, clara e incondicionada que concede derechos a los licitadores frente a los poderes adjudicadores, y dotada por lo tanto de efecto directo, lo que obliga a las autoridades nacionales (como el poder adjudicador y el propio OARC / KEAO) a aplicarla, incluso desplazando, si fuera preciso, las normas de Derecho interno que se le opongan (ver, por ejemplo, el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, de 1 de marzo de 2016, elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales, especialmente las páginas 7 a 11 y 37 y 38).



Todo ello lleva a la conclusión de que los defectos de la documentación aportada por el adjudicatario que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP) son, en general, susceptibles de subsanación en los términos recogidos en el artículo 56.3 de la DCP.

#### 6.5.9 Copias simples

##### Resolución 138/2020

Por lo que se refiere a la presentación de copias simples, debe entenderse que se trata de un defecto subsanable; la aportación, tras el correspondiente requerimiento, de copias auténticas o de los originales para su cotejo no supone la reelaboración de la proposición o del alcance material de los documentos inicialmente presentados, límite fundamental del trámite de subsanación (ver, por todas, la Resolución 160/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122). Por el contrario, se trata únicamente de presentar el mismo contenido con una formalidad distinta, que es la requerida en los pliegos, remediándose así una insuficiencia del documento que no afecta a su sustancia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 141/2016, 156/2018 y 44/2019 del OARC / KEAO).

#### 6.5.10 Declaraciones responsables

##### Resolución 138/2020

En cuanto a la omisión de las declaraciones responsables suscritas por los integrantes del equipo, debe señalarse, en primer lugar, que se trata de un documento cuyo alcance reitera el que la LCSP ya atribuye al Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) que todos los licitadores deben presentar según el artículo 141 de la LCSP y el apartado 22 del PCAP. Consecuentemente, es aplicable lo expresado por este Órgano en sus Resoluciones 52 y 174/2019, que establecen que, dado que, en todo caso, los requisitos de aptitud deben cumplirse en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (artículo 140.4 de la LCSP), no se infringe el



principio de igualdad de trato por solicitar la subsanación de la falta de la citada declaración, la cual no supone un plazo adicional para la obtención de dichos requisitos.

## **7. Exclusión del procedimiento**

### 7.1 Exclusión del procedimiento

7.1.1 No es preciso aportar una justificación expresa del cumplimiento de todas las prescripciones de los pliegos.

#### Resolución 156/2019

Los apartados del PPT señalados en los números 1, 2, 3 y 5 detallan ciertos requerimientos técnicos que deberá cumplir la solución ofertada, pero no solicita al licitador la presentación de ninguna documentación específica que acredite que su propuesta los satisface. Consecuentemente, es aplicable la doctrina establecida por este Órgano, que señala que la falta de mención expresa en la oferta al acatamiento o satisfacción de una obligación o prescripción técnica no supone la exclusión de la misma por incumplimiento, dado que la presentación de la citada oferta ya implica el acatamiento incondicionado de los pliegos (ver el artículo 139.1 de la LCSP); solo podría ser de otro modo si la proposición contuviera elementos incompatibles con dicho cumplimiento, lo que no se alegado ni probado, o si se exigiera en los documentos contractuales que rigen la licitación una acreditación expresa al respecto y esta no se aportara, que tampoco es el caso (ver, por todas, la Resolución 60/2019 del OARC / KEAO). Además, debe indicarse que los apartados 4.1.1 y 4.1.2 se refieren claramente al “adjudicatario” como destinatario de las prescripciones que contienen, no al licitador, por lo que no pueden servir para reprochar a TELEFONICA defecto alguno en la elaboración de su proposición, sin perjuicio de que, en su caso, su incumplimiento pueda suponer al contratista las consecuencias legal y contractualmente previstas (penalizaciones, resolución del contrato, etc.).



### 7.1.2 Claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión.

#### Resolución 21/2019

De acuerdo con lo señalado en ocasiones anteriores por este OARC / KEAO, las consecuencias de las deficiencias de la documentación aportada por los licitadores deben ponerse en conexión con la finalidad de su requerimiento, que en este caso es obtener la información que precisa el poder adjudicador para comparar y evaluar las ofertas conforme a los criterios de adjudicación; no se trata de la solicitud de un requisito de aptitud del contratista, ni de una prescripción técnica obligatoria. Por ello, en consecuencia con la citada finalidad, este OARC / KEAO estima que esta omisión o insuficiencia de la documentación necesaria para evaluar los criterios de adjudicación no sujetos a apreciación mediante fórmulas no puede suponer la exclusión de la oferta sino, en su caso, una puntuación más baja o incluso nula en el criterio que se trata de acreditar, que es como acertadamente ha actuado el poder adjudicador. Sólo podría ser de otra manera si las deficiencias documentales de la proposición fueran de tal calibre que impidieran conocer su contenido o contrastar el cumplimiento de las prescripciones mínimas de los pliegos; sin embargo, tal situación no concurre en este caso en concreto por la finalidad del documento omitido, que no afecta a un aspecto de la ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2018).

#### Resolución 119/2019

Finalmente y como último argumento, este OARC/KEAO considera que una determinación del procedimiento de adjudicación cuya infracción puede suponer una consecuencia tan relevante como la exclusión de la proposición, debe estar claramente consignada en los pliegos de la licitación y, en virtud del principio de transparencia, ser suficientemente clara como para ser interpretada de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que no sucede en este caso (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07 y la Resolución 067/2014 del OARC / KEAO).



### 7.1.3 Exclusión de una oferta incompleta que impide la valoración de las ofertas en pie de igualdad

#### Resolución 2/2020

A la vista de todo ello, este Órgano estima que el recurso debe desestimarse por las razones que a continuación se exponen:

- 1) La documentación contractual es clara en exigir que en el archivo B se incluya un estudio luminotécnico de cada centro de mando; además, se establece que dichos estudios deben ajustarse a lo dispuesto en el Anexo 5 del Anexo F de la memoria descriptiva. Por su parte, a la pregunta efectuada por el recurrente de si “¿hay que presentar las 19 secciones una única vez en toda la oferta o presentar para cada centro de mando las secciones que correspondan?”, el poder adjudicador ha sido claro al especificar que “Es necesario presentar los estudios luminotécnicos que correspondan para cada centro de mando según modelos que figuran en el Anexo 5 del Anexo F de la memoria descriptiva”. El acto de exclusión señala que faltan en la oferta de RADIMER los cálculos lumínicos de las secciones 8 a 14, y que, al menos, las secciones 12, 13 y 14 son necesarias para relacionarlas con los cuadros de mando en los que hay caminos peatonales (se citan, como ejemplo, los cuadros de mando 1, 8, 9, 10 y 41).
- 2) Lo anterior supone que, como bien indica el informe del poder adjudicador, no sea posible la evaluación de las ofertas en pie de igualdad; téngase en cuenta que los estudios luminotécnicos elaborados de modo sistemáticamente uniforme se exigen para comprobar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, pero también para aplicar homogéneamente a todas las proposiciones uno de los criterios de adjudicación, en concreto, el criterio “Estudios luminotécnicos” (apartado 23 A de la carátula del PCAP).
- 3) Finalmente, los propios pliegos son claros al establecer que la documentación omitida es un requisito imprescindible para la validez de la oferta, bajo pena de exclusión (ver, por ejemplo, el apartado 49 de la sentencia del Tribunal de



Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, C-523/16, ECLI: EU:C:2018:122).

## **8. Adjudicación**

### 8.1 Motivación y discrecionalidad técnica

#### Resolución 209/2019

Por lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, debe señalarse que supone que el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el 10/12 OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 117/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado



que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

#### 8.1.1 Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica.

##### Resolución 200/2019

No nos hallamos ante un criterio automático por lo que el evaluador no está obligado a seguir ninguna regla de proporcionalidad siempre que se justifique, como lo ha hecho en este caso, la razón a la que obedece la diferencia en la puntuación. Téngase en cuenta que siempre que la regla o sistema de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor no se haya expresado en los pliegos de la licitación los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (ver, en este sentido la Resolución 11/2019 del OARC / KEAO y la jurisprudencia del TJUE en ella citada).

##### Resolución 119/2020

La motivación dada en este criterio tanto a la recurrente como a la adjudicataria está compuesta de dos párrafos, siendo el primero y más extenso idéntico para los dos licitadores, salvo en lo referente al número de trabajadores que prestan su servicio en uno o dos centros de trabajo (7 y 8, respectivamente), y en el que se destaca que la mayoría de las trabajadoras/as cumplen su jornada laboral en uno o dos centros (...) asegurando así el control y seguimiento de las labores realizadas en cada uno de ellos, de lo que se infiere que en la comparación de ofertas el hecho de que un licitador haya propuesto un trabajador más resulta indiferente al evaluador, quien en el legítimo ejercicio de la discrecionalidad que le asiste considera que ambas propuestas le satisfacen en este punto de igual manera; sin embargo, el segundo argumento utilizado en la motivación muestra diferencias de cierto calado en la valoración de ambas ofertas. Así, respecto de la oferta de ZAINZTEN se realiza el reproche acerca del horario de limpieza de la oficina de alcaldía por haber sido planteado a la mañana en pleno horario de trabajo, mientras que se alaba la oferta de ISS al señalar que se considera que la planificación propuesta optimiza el



servicio. A juicio de este Órgano, no queda justificada la razón por la que se otorga la misma puntuación a quien tiene un reproche en dicho subcriterio respecto del que obtiene un elogio en el mismo. Nada se dice en el informe de valoración al respecto, y en el informe jurídico de contestación al recurso, se señala que la técnica municipal ha indicado en su motivación los aspectos más importantes y reseñables de las ofertas y que resulta muy complicado resumir en dos párrafos ofertas técnica de más de 100 páginas. Como se ha señalado anteriormente, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto, pero lo que no puede ser aceptado es que no se explique el razonamiento lógico que ha llevado a la técnica municipal a otorgar la puntuación debatida, pues ello infringe los límites de la discrecionalidad técnica, en especial, la interdicción de la arbitrariedad y los principios de igualdad de trato y oferta económicamente más ventajosa, que impiden atribuir la misma puntuación a una oferta a la que se le han encontrado reparos frente a otra que no ha recibido tacha alguna o ha sido positivamente valorada (ver en este sentido, la resolución de este Órgano 65/2020).

#### Resolución 146/2020

La única motivación expresada en el informe técnico que sustenta el acto impugnado para justificar los 9 puntos atribuidos a BRAUN es la siguiente: Lotes 26, 30 y 31 “Calidad insuficiente” y Lote 27 “Textura dura”.

A la vista de todo lo anterior, este Órgano considera que la aplicación del criterio de adjudicación debatido carece de una motivación suficiente. Es evidente que no consta ninguna alusión a los concretos aspectos de los productos analizados que son objeto de la valoración, salvo la escuetísima mención a la textura del lote 27 y que tampoco se emite ningún juicio razonado sobre si dichos aspectos aportan o no ventajas mensurables de acuerdo con el criterio de adjudicación aplicado y, en su caso, con qué alcance o en qué medida. En este sentido, debe rechazarse la afirmación del poder adjudicador de que “el simple hecho de asignar una puntuación y, en consecuencia, de encuadrar a cada oferta dentro de alguno de los tramos previstos ya implica la emisión de un juicio de valor motivado...”; por el contrario, tal actuación no da ninguna razón del proceso lógico seguido para adoptar la decisión, ni se refiere a aspectos concretos del criterio ni, finalmente, ofrece ninguna indicación útil para interponer un recurso fundado contra la



adjudicación, por lo que en absoluto satisface mínimamente los requisitos de la motivación (ver, por ejemplo, la Resolución 46/2013 del OARC / KEAO).

Incluso la evaluación de las ofertas de los diversos adjudicatarios de los lotes impugnados con la asignación de la máxima puntuación posible es también completamente insuficiente, pues el término “producto óptimo” no puede ser menos expresivo, por ser un mero adjetivo que nada explica.

### Resolución 149/2020

MATACHANA considera que se ha infringido el artículo 151 de la LCSP que establece los requisitos de motivación de la notificación de la adjudicación del contrato. En síntesis, este precepto señala que la adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores, se deberá publicar en el perfil de contratante y deberá contener la información necesaria que permita interponer recurso suficientemente fundado y, entre ella y en todo caso, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas. En el procedimiento que nos ocupa, el acuerdo de adjudicación manifiesta en su antecedente segundo que, examinado el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (de fecha 7 de mayo de 2020) y el informe de criterios evaluables mediante fórmulas (de 28 de mayo de 2020), se relaciona, por cada uno de los licitadores admitidos, la puntuación global obtenida en los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor y en los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas. Se observa también en el expediente que, con fecha 15 de mayo de 2020, se puso a disposición de los licitadores en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi el denominado Informe técnico en el que se valoran las ofertas conforme a los criterios de adjudicación que dependen de juicios de valor al que se remite el antecedente segundo del acuerdo de adjudicación y dado que el recurrente ha accedido a dicho informe, como puede apreciarse en el propio escrito de recurso, debe concluirse que, en el peor de los casos, la omisión de la notificación del informe es una irregularidad no invalidante porque no ha causado indefensión alguna (ver, en este sentido, el artículo 48.2 de la Ley 36/2015, del procedimiento administrativo común, y la Resolución 80/2019 del OARC / KEAO).



### 8.1.2 Libertad formal de la motivación

#### Resolución 107/2019

Se reprocha que de la motivación del acto impugnado se desprende que se han utilizado subcriterios no previstos en los pliegos y que no se derivan de los criterios de adjudicación en ellos establecidos. Por el contrario, este Órgano estima que en el informe técnico no se ha aplicado subcriterio alguno, sino que simplemente ha hecho uso de la libertad formal que asiste al poder adjudicador para plasmar su motivación, eligiendo dividir su exposición en varios epígrafes. En este sentido, aunque los epígrafes del informe técnico no siempre llevan el mismo título o utilizan exactamente las mismas palabras que emplean los pliegos, es claro que se refieren a los mismos aspectos y que no se han valorado cuestiones que no figuran en la descripción de los criterios de adjudicación.

#### Resolución 201/2019

Sin embargo, también se deduce de la documentación de la que dispone este OARC / KEAO que la insuficiente motivación de la puntuación no ha impedido la interposición de un recurso fundado porque AURTENETXE ha accedido, aunque sea de manera extraprocesal e irregular, a la información relevante necesaria, por lo que dicha deficiencia no es un vicio invalidante (ver, por todas la Resolución 80/2019 del OARC / KEAO y el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

### 8.1.3 Motivación de la aplicación de los criterios con umbrales eliminatorios.

#### Resolución 41/2019

En este caso concreto debe además tenerse en cuenta que los criterios de adjudicación discutidos son eliminatorios para todas las ofertas que no obtengan, al menos, 11 puntos. Dado que una puntuación inferior a esa cuantía supone la exclusión de la oferta sin que ni siquiera se valoren los criterios sujetos a fórmulas, la necesidad de que la discrecionalidad sea correctamente ejercida es especialmente importante, ya que el perjuicio derivado de una hipotética aplicación inadecuada en los criterios



debatidos no podría, en su caso, ser compensado por la puntuación otorgada en otros criterios, de modo que el licitador perjudicado pudiera incluso llegar a obtener finalmente el contrato (ver la Resolución 88/2018 del OARC / KEAO).

#### 8.1.4 Motivación “in aliunde”

##### Resolución 137/2019

El artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA) dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Este OARC/KEAO ha considerado que, en estos casos, el requisito de la motivación se satisface cuando el texto de dichos documentos acompaña a la notificación del acto impugnado, pues en caso contrario sería tanto como exonerar al poder adjudicador de su obligación de notificar y motivar correctamente imponiendo al interesado la carga de que acceda por otras vías a dicha información (ver, en este sentido, la Resolución 30/2015 del OARC/KEAO que si bien se refiere al artículo 89.5 de la derogada Ley 30/1992, y al artículo 151.4 del derogado TRLCSP, sus conclusiones son plenamente aplicables al caso por ser el contenido de ambos artículos igual).

#### 8.1.5 Motivación de la aplicación de los criterios sujetos a apreciación mediante fórmula

##### Resolución 36/2020

El reproche de que el acuerdo de adjudicación está insuficientemente motivado no puede aceptarse. Debe tenerse en cuenta que nos hallamos ante una licitación en la que todos los criterios de adjudicación se encuentran sujetos a evaluación automática mediante la aplicación de fórmulas (cláusula 8 del PCAP). Sobre esta cuestión, este Órgano ha señalado (ver, por todas, las Resoluciones 34/2018 y 143/2018) que, a diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad (artículos 35.1.i) de



la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y 151 de la LCSP), los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. A este respecto, para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de un criterio de adjudicación de evaluación automática es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente, lo que sin duda sucede en este caso, en el que el recurrente puede efectuar su propio cálculo con los datos que figuran en la notificación de la adjudicación, lo cual ha sido suficiente para formular un recurso fundado en derecho.

#### 8.1.6 Valoración sobre base fáctica errónea

##### Resolución 152/2020

Así, el juicio técnico se ha asentado sobre una base fáctica errónea (la existencia de una aplicación informática), lo cual forzosamente ha de tener un reflejo en la ponderación de la oferta pues, si este dato hubiera sido irrelevante, no hubiera formado parte de la motivación. El informe técnico no es lo suficientemente detallado en su desglose de las puntuaciones otorgadas como para poder determinar si ese reflejo es o no relevante para conllevar una alteración en el orden de las ofertas y, consecuentemente, un adjudicatario distinto. Por otro lado, no puede aceptarse la alegación del Instituto Municipal de Deportes en la que se indica que, si bien la propuesta realizada de software no es detallada ni profusa, se considera una herramienta de software de gestión más que debe ser valorada, pues no acredita la existencia o en qué lugar de la oferta viene recogida dicha herramienta para poder justificar la conclusión de que no existe el error de valoración o de que este no es significativo. Por todo ello, y dada la existencia de una base fáctica errónea a la hora de la valoración de un criterio sujeto a juicio de valor, este OARC / KEAO considera que debe anularse el acto impugnado.



## 8.2 Otras formas de finalización del procedimiento

### 8.2.1 Desistimiento: razones de legalidad.

#### Resolución 143/2019

En concreto, en relación con el desistimiento, que se halla regulado básicamente en los mismos términos que en el derogado TRLCSP, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad que se trata de una decisión por la que se pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato (Resolución 031/2013) y que cualquier apreciación sobre la validez del desistimiento debe partir de la verificación de la existencia de una norma jurídica infringida (Resolución 65/2018). A ello hay que añadir que se debe justificar en el expediente la concurrencia de la infracción alegada y que el acuerdo de desistimiento se ha de adoptar antes de la formalización del contrato, que es el momento de su perfección (artículo 36 de la LCSP).

(...)

En resumen, la fórmula que valora la oferta económica, que únicamente cabe aplicarla en sus propios términos, incumple el artículo 145.5.c) de la LCSP, pues no garantiza que todas las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva siendo, además, un error insubsanable, por lo que la decisión de desistir del procedimiento de adjudicación se ajusta a derecho.

#### Resolución 104/2019

En concreto, en relación con el desistimiento, que se halla regulado básicamente en los mismos términos que en el derogado TRLCSP, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad que se trata de una decisión por la que se pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato (Resolución 031/2013) y que cualquier apreciación sobre la validez del desistimiento debe partir de la verificación de la existencia de una norma jurídica infringida (Resolución 65/2018). A ello hay que añadir que se debe justificar en el expediente la concurrencia de la infracción alegada y que el acuerdo de desistimiento se ha de adoptar antes de la formalización del contrato, que es el momento en que se perfecciona el contrato (artículo 36 de la LCSP) y en el que, en consecuencia, el



contrato obliga, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 del Código Civil).

Finalmente, cabe añadir que, a los efectos de apreciar si el acuerdo de desistimiento se ajusta a los requisitos solicitados por el artículo 152 de la LCSP, resulta indiferente que el órgano de contratación se haya percatado de la infracción jurídica que concurre en el contrato a raíz de las alegaciones de un licitador que ha resultado excluido porque lo relevante es que, una vez advertido el vicio en el que se ha incurrido y que este es insubsanable, se ha adoptado la decisión correcta antes de la formalización del contrato.

## **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 (TRLCSPP). Consecuentemente, este OARC / KEAO entiende que debe anularse la adjudicación dictada por el órgano de contratación el día 13 de abril y cumplirse en sus propios términos la Resolución 34/2018. Debe recordarse, además, que la citada Resolución señala en su Fundamento jurídico décimo que la estimación del recurso no es una conclusión que pueda verse modificada ...por la circunstancia de que la aplicación de la fórmula arroje un resultado imposible, ya que su sustitución por cualquier otra, conocidas todas las ofertas, implicaría arbitrariedad por parte del poder adjudicador. No obstante, esta afirmación y la orden de retroacción de actuaciones impuesta por este Órgano, deben entenderse sin perjuicio de que dicho resultado imposible pudiera deberse a que la configuración



del criterio de adjudicación es incompatible con el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un modo acorde con el interés público o a que dicho criterio está afectado por un vicio de legalidad insubsanable, en los términos descritos en los apartados 3 y 4, respectivamente, del artículo 155 del TRLCSP.

#### Resolución 208/2019

(...) se estima que la verdadera naturaleza del escrito es la de plantear un incidente de ejecución en relación con las Resoluciones 98/2019 y 99/2019 de este OARC/KEAO, íntimamente ligadas entre sí, por lo que es aplicable el artículo 36.3 del RRMC. Este precepto establece, como únicos trámites, que se dé traslado a los interesados del citado escrito y de la documentación que lo acompaña para que aleguen cuanto estimen oportuno en el plazo de diez días hábiles, tras los cuales se resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles. De acuerdo con lo señalado en el Antecedente de Hecho tercero, dichos trámites se pueden dar por cumplidos.

9.1.2 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)

#### 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.

9.1.3 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.

##### Resolución 095/2019

(...) A la vista de todo lo anterior, los motivos de recurso estimados y los efectos de dicha estimación son los siguientes:

- 1) La falta de motivación de la no división de la prestación en lotes conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación por afectar a un elemento esencial del contrato; no obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano emita, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento sobre la misma prestación a la vista de la motivación que se aporte en los términos legalmente previstos. Análoga observación debe hacerse sobre la estimación del motivo referido a la insuficiencia del precio contractual.  
(...)



#### 9.1.5. Efectos de la resolución limitados por el principio de congruencia

##### Resolución 158/2018

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

#### 9.1.6. Retroacción posible por afectar a criterios automáticos

##### Resolución 039/2019

A la vista de las dos letras anteriores, se debe desestimar la pretensión de que la oferta de la adjudicataria sea excluida del procedimiento y se debe admitir la pretensión de que se declare la nulidad de la exclusión del recurrente, lo cual conlleva la anulación de la adjudicación y, habida cuenta de que todos los criterios de adjudicación se sujetan a fórmula, la retroacción del expediente al objeto de que se admita en el procedimiento de adjudicación la oferta del recurrente para que se proceda a su valoración y la posterior adjudicación a la oferta que resulte más ventajosa.

##### Resolución 066/2019

Expuesto todo lo anterior, debe estimarse la pretensión de anulación de la adjudicación en favor de GUEDAN, con retroacción de las actuaciones para la valoración del certificado de calidad lingüística aportado por EMTESPORT, ya que la modificación irregular del criterio de adjudicación no puede ser opuesta a la recurrente. Asimismo, satisfecha en parte la pretensión principal de la recurrente, se hace innecesario pronunciarse sobre la subsidiaria. En el supuesto que nos ocupa la



retroacción es posible porque nos hallamos ante un criterio de adjudicación de apreciación automática.

#### 9.1.7. Retroacción para motivar en forma

##### Resolución 199/2019

- 2) El primer conocimiento que tiene CESPA de que el poder adjudicador rechaza su justificación de la viabilidad de su oferta es cuando se le notifica la adjudicación, que se dicta en favor de una empresa distinta; la única mención es la expresión “Baja desproporcionada” junto al importe de su oferta económica. No consta ninguna motivación o explicación al respecto, ni hay ninguna mención o referencia al informe de 5 de julio o a cualquier otro que pudiera servir para fundamentar el acto impugnado (artículo 88.6 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común); tampoco se adjunta ningún informe de este tipo en la notificación de la adjudicación remitida al recurrente. Finalmente, no consta (ni CABB lo alega) que el recurrente haya accedido al citado informe o lo haya conocido por cualquier otro medio.
- 3) A la vista de los puntos 1) y 2) anteriores, es claro que CABB ha incumplido los artículos 149 y 151.2 de la LCSP, que exigen, entre otros requisitos, que la notificación del acto impugnado incluya los motivos por los que se rechaza la oferta del recurrente de modo que, en todo caso, el interesado pueda interponer un recurso suficientemente fundado. Consecuentemente, debe retrotraerse el procedimiento para que se practique una nueva notificación que satisfaga todos los requisitos legales a fin de que, si lo estima oportuno, CESPA interponga el correspondiente recurso
- 4) Debe señalarse que las explicaciones dadas por el poder adjudicador, basadas en el informe del 5 de julio, son, a los efectos de esta Resolución, extemporáneas, y no pueden sustituir a la motivación que debió constar en el acto impugnado y en su notificación, principalmente porque no sirven para la función de facilitar la información necesaria para, en su caso, interponer un



recurso debidamente fundado (ver, por ejemplo, las Resoluciones 100/2015 y 53/2018 del OARC / KEAO).

9.1.8. La motivación permite que el OARC / KEAO asigne los puntos de forma unívoca sin retroacción

#### Resolución 165/2020

Es doctrina reiterada (por todas, ver la Resolución 051/2014) que este Órgano no puede sustituir a la entidad adjudicadora en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, tarea en la que dispone del margen de apreciación que le concede la discrecionalidad técnica, cuyo ejercicio puede llevar a varios resultados distintos, todos ellos legítimos. Este margen está fuera del control jurídico del OARC / KEAO, siempre que exista motivación suficiente y se ejerza dentro de los cauces que lo limitan (en especial, que el uso no sea arbitrario, el respeto al fondo parcialmente reglado fijado por los Pliegos y al procedimiento aplicable y la adecuación a los principios generales, sobre todo igualdad de trato y no discriminación). Sin embargo, esta inmunidad al control de legalidad debe ser matizada, pues puede resultar que, una vez depurado el acto de sus elementos ilegales y a la vista de su motivación, la discrecionalidad técnica quede tan reducida que no le quede ya a la entidad adjudicadora margen de elección alguno, tal y como ocurre en el recurso que nos ocupa, en el que este OARC / KEAO, a la vista del fondo reglado del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor y de su motivación (valoración únicamente en función de las referencias aportadas) y de la aplicación del principio de igualdad, puede llegar a señalar unívocamente la valoración que merece la recurrente en los aspectos de su oferta debatidos. Finalmente, cabe señalar que esta operación respeta estrictamente la discrecionalidad técnica de la entidad adjudicadora; téngase en cuenta que sólo se van a suprimir de la decisión los elementos antijurídicos, y que no se van a alterar las demás puntuaciones discrecionalmente otorgadas por el órgano de contratación.



9.1.9. No cabe retroacción porque no es posible la valoración separada de los criterios de adjudicación

#### Resolución 181/2020

A la vista de las irregularidades detectadas en la letra b) anterior, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado. La diferencia de puntuación entre el recurrente y la adjudicataria es de 8,16 puntos (72,90 – 64,74); aunque los criterios de valoración afectados tienen una ponderación total de 7 puntos, una correcta evaluación podría haber afectado al resultado final, pues podría implicar hasta 6 puntos menos para DERTEN (1 punto en el apartado “Nuevos proyectos IT” y 5 menos en “Solvencia técnica”) y hasta 5 puntos más para ENTELGY (en “Solvencia técnica”). Debe señalarse que no cabe que este OARC / KEAO sustituya al poder adjudicador en su función de aplicar los criterios discrecionales porque no hay posibilidad de ofrecer una aplicación alternativa unívoca de los mismos, único supuesto en el que este Órgano ha adoptado, excepcionalmente, esta decisión (ver sus Resoluciones 68/2014, 65/2017 y 165/2020). La consecuencia de la anulación sería, en principio, la retroacción de actuaciones para efectuar una evaluación correcta de los criterios de adjudicación. No obstante, tal opción no es posible porque ya no cabe la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los aplicados mediante una fórmula, por lo que debe cancelarse la licitación. Este efecto de la presente resolución no es contrario al principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP), puesto que la cancelación no depende de la petición del recurrente, sino de la propia imposibilidad de una retroacción que respete la configuración legal del procedimiento de adjudicación (artículo 146.2 de la LCSP); asimismo, no se empeora la situación de ENTELGY (lo que sería contrario al artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), que gana, respecto a su posición de licitador no adjudicatario, la opción de presentar una oferta en una más que posible nueva licitación.

#### Resolución 157/2020

Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, este OARC / KEAO se encuentra con que, por un lado, se desconoce cuáles hubieran sido los pesos relativos máximos de las características erróneamente apreciadas en el conjunto de la



valoración, de tal forma que no puede proceder a su ponderación en el sentido de disminuir la puntuación de la oferta de la adjudicataria por esos concretos aspectos o aumentar la de la recurrente; por otro, aunque en un principio dicha anulación conllevaría a una retroacción de las actuaciones para una nueva valoración de los criterios debatidos, ya se ha efectuado la ponderación de los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, de forma que ya no podría realizarse la valoración separada establecido en la cláusula 16 del PCAP Apertura de Proposiciones, por lo que debe cancelarse la licitación.

9.1.10. La anulación de un criterio de adjudicación conlleva la del procedimiento

#### Resolución 174/2020

La anulación de la cláusula L) 1.2 del PCAP impugnada conlleva la cancelación de la licitación debido a que la normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso especial se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso (ver, por ejemplo, la resolución 189/2019 de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, así como el artículo 57.2 de la LCSP).

9.1.11. No cabe una pretensión consistente en no valorar un criterio de adjudicación

#### Resolución 116/2020

La pretensión de la recurrente consiste en que, en lo referente a los criterios de adjudicación denunciados “se anulen y se dejen en “0” puntos las puntuaciones otorgadas sobre un uso incorrecto de los criterios de valoración (...)”.

Esta pretensión no es posible, dado que otorgar 0 puntos en el criterio de adjudicación “Estudios técnicos (28 puntos)” equivale a no valorarlo y, en consecuencia, alterar la ponderación relativa del resto de los criterios de adjudicación. A este respecto, la



jurisprudencia del TJUE (STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-06/15, ECLI:EU:C:2016:555) ha manifestado que la ponderación relativa de cada uno de los criterios de adjudicación deberá fijarse claramente desde el inicio del procedimiento de adjudicación para permitir a los licitadores determinar objetivamente la importancia efectiva que tiene un criterio de adjudicación con relación a otro en el momento de la valoración posterior de dichos criterios por parte de la entidad adjudicadora, y que la ponderación relativa de cada uno de los criterios de adjudicación no puede modificarse en el transcurso del procedimiento y que la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción del criterio de adjudicación, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (STJUE de 4 de diciembre de 2003, (asunto C-448/01 ECLI:EU:C:2003:651).

9.1.12. Consecuencia de la evaluación de los criterios subjetivos por organismo que carece de las notas del artículo 146.2.b LCSP

#### Resolución 008/2020

La consecuencia de considerar que la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor no ha sido efectuada por el organismo independiente del órgano proponente a que se refiere el artículo 146.2.b de la LCSP, conlleva la sanción legal de la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por haberse obviado un trámite esencial del procedimiento administrativo (artículo 47.1.e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 39.1 de la LCSP), establecido para garantizar de la mejor forma la imparcialidad de la valoración y, en suma, la igualdad de trato entre los licitadores y la no discriminación de ninguno de ellos (artículo 1 LCSP). La citada nulidad conlleva la cancelación de todo el procedimiento de adjudicación, puesto que la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas hasta la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos, como pide el artículo 146.2 LCSP. Habida cuenta de la cancelación del procedimiento, no se precisa que este Órgano entre a analizar el resto de los motivos de impugnación.



9.1.13. Los nuevos pliegos deben garantizar la libre competencia y la igualdad de todos los operadores económicos

Resolución 155/2020

De todo lo expuesto en los apartados anteriores se concluye que el contrato recurrido restringe indebidamente la competencia por limitar a un único modelo de aplicación de pago móvil, gratuito y aportado por el adjudicatario que también debe prestar el SER, el acceso al pago de los servicios que son objeto del contrato. La satisfacción de la pretensión conlleva la anulación de los pliegos impugnados y la elaboración de otros que garanticen la igualdad y la libre competencia entre todos los operadores de aplicaciones de pago móvil, incluyendo la apertura a todos los operadores capaces de prestar el servicio en el caso de que el órgano de contratación decida permitir esta forma de pago. Una vez satisfecha esta condición, el poder adjudicador puede configurar el contrato discrecionalmente, incluso manteniendo las cláusulas impugnadas si lo estima oportuno pues la restricción a la libre competencia no procede de ellas, sino de la ausencia en la documentación contractual de estipulaciones que las faciliten. En todo caso, la anulación de los pliegos implica también la cancelación del procedimiento de adjudicación.

9.1.14. Efecto de la resolución: se obtiene la declaración de desierto, que mejora la posición del recurrente excluido

Resolución 200/2019

Si bien se aprecia desviación en la motivación del criterio de adjudicación Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional, la estimación de este argumento impugnatorio no conlleva la admisión de la oferta de la licitadora al procedimiento de adjudicación, pues ello conllevaría en el mejor de los casos a la atribución de un punto adicional (que es la petición de la recurrente) sin que, aun así, llegara al umbral mínimo exigido en los pliegos para permanecer en el procedimiento. A este respecto, este OARC / KEAO en sus Resoluciones 028/2012 y 008/2014 ya manifestó que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último permanecería siendo el mismo. En consecuencia, el recurso debe ser estimado



parcialmente ya que, si bien se desestima la pretensión de la recurrente de que se anule la exclusión de su oferta, debe ser estimada la pretensión de que la oferta de GRIFOLS sea excluida por haber incorporado información a evaluar conforme a fórmulas en el sobre al que se debe incorporar la valorable conforme a juicios de valor. Esta conclusión es congruente con la pretensión, pues conlleva la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación y la probable convocatoria de una nueva licitación a la que ORTHO podría presentar una nueva proposición.

#### 9.1.15. Aplicación moderada de la nulidad

##### Resolución 007/2019

La adjudicación se halla suficientemente motivada si bien se aprecia desviación en la motivación del criterio de adjudicación Coordinación con las obras por valorarse un aspecto de la oferta de STONEX (un acuerdo de colaboración con una empresa local) que carece de relación con tal criterio de adjudicación. No obstante, la estimación de este argumento impugnatorio no conlleva la anulación de la adjudicación pues ésta permanece inalterable en todo caso. Téngase en cuenta que el recurrente continúa excluido del procedimiento de adjudicación, a diferencia de STONEX, la cual continuaría en el procedimiento aunque se valorara con 0 puntos su oferta en el criterio de adjudicación Coordinación con las obras, ya que la valoración total de su oferta en los criterios sujetos a un juicio sería de 27,50 puntos, superior al umbral mínimo de 20 puntos establecido en los pliegos de la licitación. Este OARC / KEAO en sus Resoluciones 028/2012 y 008/2014 ya manifestó que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último permanecería siendo el mismo, pues como dice el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97 «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado». En consecuencia, debe desestimarse la pretensión del recurrente de anulación de la exclusión y retroacción de las actuaciones hasta la



emisión de un nuevo informe de valoración o subsidiariamente la de la anulación de los pliegos de la licitación.

## 9.2 Otras formas de finalización del procedimiento de recurso

### 9.2.1 Efecto del informe del poder adjudicador que admite la pretensión

#### Resolución 122/2019

Con carácter previo al estudio del motivo de recurso esgrimido por la recurrente, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, que implican un reconocimiento de los argumentos de la recurrente. El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa, quien propone el allanamiento es el Director Gerente de la OSI Bilbao-Basurto, si bien el documento viene firmado por la Directora Económico Financiera en virtud de la Resolución N° 1547/2017, de la Dirección Gerencia delegando la firma. No obstante, esta delegación únicamente lo es respecto de las funciones que en materia económico-financiera vienen atribuidas a la Dirección Gerencia, entre las que no pueden considerarse comprendidas las de acordar el allanamiento en procedimientos de recurso como el presente. Consecuentemente, el informe del poder adjudicador tiene la consideración de una alegación más de las que este Órgano debe tener en cuenta para la resolución del recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 162/2018 del OARC / KEAO)



### Resolución 062/2020

Deben analizarse, en primer lugar, las consecuencias de las alegaciones del poder adjudicador, ya que reconocen sustancialmente las del recurrente. A juicio de este Órgano, ello no significa, en sentido estricto, un allanamiento (ver, por ejemplo, el artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa, LJCA) porque no se pide la simple estimación del recurso, sino que se solicita la retroacción de actuaciones. Consecuentemente, deben considerarse los argumentos del informe de Osakidetza como una alegación más de las que deben tenerse en cuenta por el OARC / KEAO. Por otro lado, incluso en el caso de que el poder adjudicador pretendiera efectivamente un allanamiento, el procedimiento continuaría a la vista de la oposición del adjudicatario impugnado (ver, por analogía, el artículo 75.3 de la LJCA).

#### 9.2.2 Procedimiento concluso por desistimiento del recurrente

### Resolución 073/2019

La LCSP no prevé de modo expreso el desistimiento del recurrente como medio de terminación del procedimiento del recurso especial, por lo que ha de estarse a la regulación que sobre tal materia contiene el artículo 56.1 de dicha Ley, el cual dispone que El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.

El artículo 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (en adelante, LPAC) establece que Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad.

Por su parte, en lo que respecta al desistimiento, los apartados 4 y 5 del artículo 94 de la LPAC establecen que La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento y que si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés



general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.

El recurrente ha desistido de continuar con el recurso, sin que se hayan personado terceros interesados ni se aprecie la concurrencia de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación, con lo que este Órgano entiende que procede admitir el desistimiento y declarar concluso el procedimiento.

### Resolución 114/2020

En el expediente no consta acreditado que M.T.L. ostente la representación de la recurrente ni que actúe en nombre de la misma, como tampoco queda acreditada la legitimación para la interposición del recurso, por lo que el mismo debe ser inadmitido en base a las siguientes razones:

- 1) En fecha 1 de julio de 2020 tuvo entrada en este órgano el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AGETRANS contra el anuncio y pliegos de condiciones del contrato de “Transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi”, promovido por el Departamento de Salud de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En el escrito de interposición del referido recurso AGETRANS indica que se aporta como documento número uno escritura de poder otorgada a favor de M.T.L. No obstante, junto con el recurso AGETRANS no acompañó la referida escritura de poder, sino que en su lugar aportó una resolución de inscripción de los titulares de la junta directiva u órgano de representación en el registro nacional de asociaciones de fecha 29 de septiembre de 2015. En la indicada resolución se hace constar que AGETRANS aportó un acta o certificado del acuerdo adoptado en fecha 4 de septiembre de 2015 por el que se habría designado a M.T.L. como presidente/representante legal de la junta directiva de dicha asociación el 4 de febrero de ese año. No obstante, a éste órgano no le consta si M.T.L. ostenta la representación de AGETRANS a la fecha de interposición del recurso, esto es, a 1 de julio de 2020, ni tampoco si está o no facultado para la interposición de recurso especial en materia de contratación.



2) En fecha 12 de agosto de 2020 este Órgano remitió requerimiento a AGETRANS para que en el plazo de tres días hábiles aportase el “Documento que acredite la representación de D/Dña MANUEL TERRIZA LEON como compareciente” y “los estatutos de la asociación “AGETRANS” y apoderamiento que acredite la facultad para interponer el recurso especial”. De conformidad con el artículo 43.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), la notificación del requerimiento de subsanación consta como rechazada en fecha 23 de agosto al haber transcurrido el plazo de diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que AGETRANS accediese a su contenido, por lo que, de conformidad con el artículo 41.5 LPACAP, cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento. Rechazada la notificación de requerimiento por parte de AGETRANS y transcurrido el plazo de tres días hábiles sin que ésta haya realizado la subsanación, extremos necesarios para entender el recurso válidamente interpuesto, se debe considerar que el recurrente desiste de su petición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo el artículo 51.1.a) y b) de la LCSP, que establecen que junto con la interposición del recurso se aportará documento que acredite la representación del compareciente y el documento o documentos que acrediten la legitimación del actor, y el artículo 51.2 LCSP, que indica que para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición.

### 9.2.3 Efectos de la no subsanación de la acreditación de la representación

#### Resolución 079/2019

El artículo 51.1 a) de la LCSP dispone que al escrito de interposición del recurso se acompañará El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.



Examinado el recurso presentado ante este OARC / KEAO, y constatado que no obraba el documento que acreditara la representación de don M.L.A. para interponer recursos en nombre de la mercantil recurrente, se requirió la acreditación de dicho extremo mediante una notificación telemática de fecha 25 de marzo.

El artículo 51.2 de la LCSP establece que Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Transcurrido ampliamente el plazo de 3 días hábiles desde la práctica de la citada notificación sin que se haya satisfecho el requerimiento efectuado desde este OARC/KEAO, procede tener por desistido al recurrente de su petición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP.

#### Resolución 114/2020

En el expediente no consta acreditado que M.T.L. ostente la representación de la recurrente ni que actúe en nombre de la misma, como tampoco queda acreditada la legitimación para la interposición del recurso, por lo que el mismo debe ser inadmitido en base a las siguientes razones:

- 3) En fecha 1 de julio de 2020 tuvo entrada en este órgano el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AGETRANS contra el anuncio y pliegos de condiciones del contrato de “Transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi”, promovido por el Departamento de Salud de la Comunidad Autónoma de Euskadi.



En el escrito de interposición del referido recurso AGETRANS indica que se aporta como documento número uno escritura de poder otorgada a favor de M.T.L. No obstante, junto con el recurso AGETRANS no acompañó la referida escritura de poder, sino que en su lugar aportó una resolución de inscripción de los titulares de la junta directiva u órgano de representación en el registro nacional de asociaciones de fecha 29 de septiembre de 2015. En la indicada resolución se hace constar que AGETRANS aportó un acta o certificado del acuerdo adoptado en fecha 4 de septiembre de 2015 por el que se habría designado a M.T.L. como presidente/representante legal de la junta directiva de dicha asociación el 4 de febrero de ese año. No obstante, a éste órgano no le consta si M.T.L. ostenta la representación de AGETRANS a la fecha de interposición del recurso, esto es, a 1 de julio de 2020, ni tampoco si está o no facultado para la interposición de recurso especial en materia de contratación.

- 4) En fecha 12 de agosto de 2020 este Órgano remitió requerimiento a AGETRANS para que en el plazo de tres días hábiles aportase el “Documento que acredite la representación de D/Dña MANUEL TERRIZA LEON como compareciente” y “los estatutos de la asociación “AGETRANS” y apoderamiento que acredite la facultad para interponer el recurso especial”. De conformidad con el artículo 43.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), la notificación del requerimiento de subsanación consta como rechazada en fecha 23 de agosto al haber transcurrido el plazo de diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que AGETRANS accediese a su contenido, por lo que, de conformidad con el artículo 41.5 LPACAP, cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento. Rechazada la notificación de requerimiento por parte de AGETRANS y transcurrido el plazo de tres días hábiles sin que ésta haya realizado la subsanación, extremos necesarios para entender el recurso válidamente interpuesto, se debe considerar que el recurrente desiste de su petición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo el artículo 51.1.a) y b) de la LCSP, que establecen que junto con la interposición del recurso se aportará documento que acredite la representación del compareciente y el documento o documentos que acrediten la legitimación del



actor, y el artículo 51.2 LCSP, que indica que para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición.

### 9.3 Temeridad o mala fe en la interposición del recurso

#### 9.3.1 No procede

##### Resolución 102/2018

BRAUN solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque no queda acreditada en el expediente voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

##### Resolución 178/2018

El Ayuntamiento de Sopuerta solicita la imposición de multa a la recurrente por temeridad o mala fe en la interposición del recurso. Este órgano resolutorio ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP aplicable al contrato que nos ocupa) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y de mala fe



quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa este OARC/KEAO considera que no procede la imposición de la sanción porque, en lo que al primero de los presupuestos mencionados se refiere se observa que el recurso está suficientemente argumentado, tanto en lo conveniente a la utilización de la vía del recurso especial como en lo concerniente a la oposición a la exclusión de su oferta; además, téngase en cuenta que, en cualquier caso, el procedimiento se hubiera suspendido porque sobre el mismo acto impugnado existe otro recurso de otro licitador que igualmente ha supuesto la suspensión, y en lo que al segundo se refiere, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación, pues el acatamiento a los pliegos, en los que consta expresamente que no procede el recurso especial, no puede significar la imposición de una sanción por la utilización de las vías de recurso que el interesado considera que son las procedentes, aunque luego no lo sean.

#### Resolución 64/2019

ENVISER solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque la demora en el procedimiento viene determinada ope legis al ser el acto recurrido el de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP) y no ha quedado acreditada en el expediente la voluntad intencionada de retrasar el procedimiento de adjudicación.



### Resolución 94/2019

No se observa mala fe o temeridad en el curso porque, aunque el recurso sea desestimado, no carece de argumentos jurídicos; por otro lado, tampoco se observa ánimo dilatorio, habida cuenta de que no se ha solicitado la suspensión del procedimiento de adjudicación.

### Resolución 146/2019

A juicio de este Órgano, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP; aunque el recurso vaya a ser desestimado, no carece de una argumentación jurídica, sin que la mala fe pueda deducirse únicamente del hecho de que el recurrente es el anterior prestador del servicio.

### Resolución 168/2020

El poder adjudicador solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018).

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que no concurre ninguno de los dos presupuestos; el primero, por contener un argumento impugnatorio basado, principalmente, en la falta de motivación del acto recurrido y, el segundo, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

Por su parte, es preciso traer a colación que el poder adjudicador solicita la imposición de la sanción por considerar el recurso extemporáneo. En este sentido, el artículo 40.2 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las



Administraciones Públicas, según el cual toda notificación “deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos”. En el presente caso, el acuerdo de adjudicación no señala cual es el recurso procedente ni ante qué órgano ha de ser interpuesto, tan sólo hace una referencia genérica en la que se indica que no se formalizará el contrato hasta que transcurra el plazo previsto en el artículo 153.3 LCSP sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejado.

En conclusión, la solicitud de imposición de multa no es aceptable, a pesar de la inadmisión del recurso no hay indicio que haga pensar que la impugnación no responda a un interés legítimamente atendible o tenga una intención espuria.

#### Resolución 110/2020

MBN solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque la demora en el procedimiento viene determinada ope legis al ser el acto recurrido el de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP) y el objetivo de conseguir la anulación de la licitación para poder realizar una nueva oferta económica, que considera MBN como interés espurio para conseguir el contrato, se trata, en realidad, del interés tangible que sustenta la legitimación activa del recurrente. Finalmente, no procede la indemnización derivada de los costes de asistencia letrada solicitada por el interesado porque, al margen de que nos encontramos ante un procedimiento administrativo gratuito en el que no es obligatoria la asistencia letrada (artículo 44.7 LCSP), la petición no se basa en los



daños y perjuicios que haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (artículo 58.1 de la LCSP), que ha sido desestimado.

### 9.3.2. Procede

#### Resolución 077/2019

El poder adjudicador solicita la interposición de una multa por mala fe en vista de que se está haciendo un uso abusivo del sistema de recursos previsto en la LCSP, ya que la única razón de su interposición es la suspensión automática de la adjudicación del contrato y seguir así prestando el servicio (al ser el recurrente el actual prestador del mismo) mientras se sustancia dicho recurso.

Al respecto, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

Dada la ausencia de controversia jurídica o técnica en el escrito de recurso y que los hechos alegados son inexistentes a la vista de la documentación que consta en el expediente, se deduce que en el presente supuesto concurren los presupuestos necesarios para considerar que con la interposición del recurso el recurrente actúa de mala fe y de forma temeraria. El acceso a los procedimientos de revisión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se debe realizar desde la responsabilidad y cuando realmente se aprecie una lesión en los intereses del recurrente como consecuencia de una vulneración de la normativa aplicable. Se considera un abuso el acudir a un procedimiento de revisión especial basándose en meras sospechas fácilmente verificables y constatables, como hubiera sido la solicitud de vista del expediente (artículo 52 de la LCSP) con el fin de confirmar o descartar la existencia de la documentación cuya no tenencia se impugna. Por ello, considera este Órgano que el recurso se presenta con temeridad y mala fe y con el único objetivo aparente de retrasar la formalización del contrato dado que la recurrente es la actual prestadora del servicio. En definitiva, se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para otros fines, sin reparar en el daño que se



causa al adjudicatario, a la entidad contratante y hasta los propios usuarios de este servicio de transporte escolar, es decir, al interés general igualmente digno de tutela

### Resolución 106/2019

La adjudicataria impugnada solicita la interposición de una multa por temeridad y mala fe en vista de que se está haciendo un uso abusivo del sistema de recursos previsto en la LCSP, ya que el recurso carece de fundamentación jurídica. Al respecto, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP (similar en lo sustancial al artículo 47.5 del TRLCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa se aprecia que el recurso carece de argumentos impugnatorios (al margen de un recurso frente a los pliegos totalmente extemporáneo) al aceptar que la oferta presentada supera el tipo de licitación, cuando todo operador económico que opera normalmente en el mercado de la compra pública es conocedor de que esta circunstancia acarrea inevitablemente la exclusión de su oferta. En definitiva, se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para fines distintos de los que le son propios, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario, a la entidad contratante y hasta los propios usuarios de este servicio (los ciudadanos), es decir, al interés general, igualmente digno de tutela. Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no haberse acreditado que se hayan producido otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento.



## 9.4 Pérdida del objeto del recurso

### 9.4.1 Satisfacción extraprocesal de la pretensión

#### Resolución 59/2018

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

### 9.4.2 Desistimiento del procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador

#### 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.



#### 9.4.3 La declaración de desierto deja sin objeto el procedimiento

##### Resolución 29/2019

El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 de la LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el presente caso, la declaración de desierto de la licitación deja sin objeto la pretensión del recurrente, dado que ésta consiste en la declaración de nulidad o anulación de unos pliegos que en ningún caso van a tener ya efecto jurídico alguno que afecte a los intereses defendidos por CCOO, como tampoco lo tendría ya una hipotética estimación de la impugnación. Consecuentemente, el procedimiento de recurso debe darse por concluido. No obstante, en el caso de que el poder adjudicador opte por un nuevo procedimiento de adjudicación cuyos pliegos reprodujeran el contenido ahora impugnado, CCOO podría reiterar su pretensión y el Ayuntamiento no podría oponer válidamente la excepción de acto firme (la denominada “cosa juzgada administrativa”; ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 129/2014 y 137/2015) por no haberse entrado a analizar en la presente Resolución el fondo de las cuestiones planteadas por el recurso.

#### 9.4.4 Procedimiento concluso por pérdida sobrevenida del objeto del recurso (nueva adjudicación del contrato en favor de la recurrente)

##### Resolución 56/2020

**ÚNICO:** El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el supuesto analizado, el órgano de contratación ha acordado adjudicar el contrato a la recurrente tras aceptar parte de sus alegaciones manifestadas en el recurso. Así pues, al haber sido satisfecha la pretensión de ZAINZTEN por el órgano de contratación respecto al procedimiento de adjudicación del contrato se produce la pérdida sobrevenida del objeto del recurso interpuesto, por lo que debe declararse la



finalización del procedimiento de recurso especial, sin que proceda entrar en el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

## 9.5 Otras cuestiones

### 9.5.1 Costes de asistencia letrada

#### Resolución 110/2020

Finalmente, no procede la indemnización derivada de los costes de asistencia letrada solicitada por el interesado porque, al margen de que nos encontramos ante un procedimiento administrativo gratuito en el que no es obligatoria la asistencia letrada (artículo 44.7 LCSP), la petición no se basa en los daños y perjuicios que haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (artículo 58.1 de la LCSP), que ha sido desestimado.

## **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.

#### 10.1.2. Debe practicarse conforme a la DA 15ª de la LCSP

##### Resolución 54/2019

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



### 10.1.3. La publicación del informe de valoración no equivale a su notificación

#### Resolución 137/2019

En el procedimiento que nos ocupa, el acuerdo de adjudicación manifiesta en su antecedente séptimo que el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (de fecha 27 de marzo de 2019) se adjunta como anexo y expone la puntuación obtenida en cada uno de los tres criterios de adjudicación. Por su parte, el antecedente noveno se refiere a un *informe final* (de fecha 1 de abril de 2019) y relaciona, por cada uno de los licitadores admitidos, la puntuación global obtenida en los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor y en los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas.

El artículo 88.6 de la Ley 39/1995, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA) dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Este OARC/KEAO ha considerado que, en estos casos, el requisito de la motivación se satisface cuando el texto de dichos documentos acompaña a la notificación del acto impugnado, pues en caso contrario sería tanto como exonerar al poder adjudicador de su obligación de notificar y motivar correctamente imponiendo al interesado la carga de que acceda por otras vías a dicha información (ver, en este sentido, la Resolución 30/2015 del OARC/KEAO que si bien se refiere al artículo 89.5 de la derogada Ley 30/1992, y al artículo 151.4 del derogado TRLCSP, sus conclusiones son plenamente aplicables al caso por ser el contenido de ambos artículos igual).

De la documentación aportada en el expediente (documento número 25) se observa que, con fecha 14 de mayo de 2019, se pusieron a disposición de la recurrente en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi la resolución de adjudicación y el denominado Informe técnico en el que se valoran las ofertas conforme a los criterios de adjudicación que dependen de juicios de valor al que se remite el antecedente séptimo del acuerdo de adjudicación por lo que, en lo que se refiere a los criterios subjetivos, se satisface el requisito de la motivación. Sin



embargo, no consta que se pusiera a disposición de los licitadores en la sede electrónica junto con la notificación de la adjudicación el *Informe final* de 1 de abril, en el que figura la evaluación de las ofertas conforme a las fórmulas establecidas en el PCAP. Respecto a estos criterios, que se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 61/2019) que para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de un criterio de adjudicación de evaluación automática es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente. En el supuesto que nos ocupa, en el acuerdo de adjudicación ni siquiera figura la ponderación desglosada por cada uno de los dos criterios de adjudicación automáticos. No obstante, en lo que respecta al criterio de adjudicación Oferta económica, al constar en el acuerdo de adjudicación el elemento necesario para verificar la aplicación correcta o errónea del citado criterio, que es la cifra ofertada por la adjudicataria (el recurrente conoce la suya), se puede deducir de una manera relativamente sencilla la puntuación obtenida. Sin embargo, no se puede decir lo mismo del criterio de adjudicación Cualificación y experiencia del equipo humano asignado al proyecto, pues la decisión de adjudicación no incorpora ninguno de los elementos a evaluar por la fórmula, ni la mera publicación del informe en el perfil de contratante cumple con el requisito de la notificación. Téngase en cuenta que la motivación de la adjudicación y su notificación son obligaciones del poder adjudicador que han de ser debidamente cumplidas por éste.

#### 10.1.4 Notificación defectuosa

##### Resolución 064/2019

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



alternativa de plantear directamente el recurso contencioso administrativo), y (iii) no consta el Órgano ante el que hubiera de presentarse el recurso (artículo 46 de la LCSP), lo que incumple el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Según una reiterada doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016 y 94/2016, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca.

## **11. Otras cuestiones**

### 11.1 Otras cuestiones

#### 11.1.1 Transitoriedad entre el TRLCSP y la LCSP

##### Resolución 70/2018

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

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



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

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

##### Resolución 85/2018

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

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

##### Resolución 94/2018

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

- por lo que se refiere al primero, debe ser bien sabido por el recurrente (contratista habitual del sector público) que la ejecución de un contrato no puede iniciarse, salvo emergencia, antes de la formalización (artículo 156.5 del TRLCSP), y que no cabe la contratación verbal (artículo 28.1 del TRLCSP). Si,



a pesar de ello, accedió a prestar el servicio, no puede alegar mala fe de la Administración pues, en todo caso, de existir esta, estaría compensada por la suya, que no dudó en aceptar el encargo a pesar de conocer su manifiesta irregularidad; en este sentido, no cabe alegar que la actuación propia está amparada por la confianza legítima que genera una situación de hecho sin ninguna apariencia de legalidad y de la que, además, el propio recurrente es cómplice. Además, tampoco parece que la supuesta confianza legítima alegada llegue hasta el extremo de hacer pensar que la Administración ha aceptado el cambio de vehículo. Finalmente, que se hayan conformado las facturas solo significa que se reconoce que se corresponden con servicios efectivamente prestados, y que deben abonarse para no provocar el enriquecimiento injusto del poder adjudicador, sin que ello implique ningún tipo de pronunciamiento sobre la legalidad de la relación con el proveedor, ni mucho menos la subsanación o convalidación de los vicios jurídicos en los que incurre un contrato verbal.

- en sentido análogo, ninguna apariencia que pueda invocarse supone la tramitación de la autorización ante la Diputación Foral, pues para nada equivale a la formalización del contrato ni mucho menos al permiso para cambiar el vehículo.

#### 11.1.4 Concepto de “Programas de empleo protegido”

##### Resolución 035/2019

(...) la afirmación de INTEGRRA de que su oferta puede acogerse al inciso programas de empleo protegido no se ajusta a lo dispuesto en esta materia en la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP. Sin perjuicio de la poca claridad del término que, como sucede en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP utiliza pero cuyo significado no se explica ni en ella ni (a diferencia de lo que sucede con los CEE) en la legislación sectorial, lo cierto es que la palabra programa evoca la existencia de un instrumento jurídico previo (disposición general o, al menos, acto plural) que delimite los términos y condiciones cuyo cumplimiento permitirá reconocer sucesivas actuaciones singulares como amparadas en dicho programa, con las consecuencias legales que ello implica. Así, la citada Disposición habla de la normativa de referencia de los



programas. En este caso, es significativo que los pliegos no contengan mención a programas concretos ni a normativa alguna que los determine, y que ni INTEGRA ni el poder adjudicador aportan en sus alegaciones información al respecto.

#### 11.1.5 Pago de una tasa como requisito de admisión de la oferta

##### Resolución 181/2018

La recurrente pone en duda la adecuación a la legislación de contratos del pago de la tasa por la presentación de los proyectos. Este Órgano, siguiendo la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 844/2014, ha de comenzar señalando que sus atribuciones se circunscriben, sola y exclusivamente, a controlar la legalidad de los actos enumerados en el artículo 44.2 de la LCSP. Con ello se quiere manifestar que no puede enjuiciar cualesquiera otros actos administrativos, aunque provengan de la misma Administración licitadora y guarden relación con el propio procedimiento de licitación. Únicamente tendría la facultad de revisar la exigencia de la tasa por presentación de las proposiciones que se contempla en el Pliego si ésta no se ajustase a la Ordenanza reguladora (circunstancia no acreditada por la recurrente), pues lo contrario sería tanto como asumir cometidos propios de la Corporación Local que es a la que corresponde, por la vía del recurso de reposición o de los procedimientos especiales de revisión, resolver las reclamaciones que se dirijan frente a los actos de aplicación de los tributos locales (artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; en adelante, TRLHL). Mucho menos, en fin, podrá este Órgano llevar a cabo el examen de la legalidad de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa en cuestión, tarea ésta reservada a la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 19.1 TRLHL). Delimitado así el ámbito competencial de este Órgano, procede la desestimación del motivo impugnatorio.



11.1.6 No se puede rebatir en recurso especial una autorización concedida por órgano competente

#### Resolución 209/2019

La recurrente alega que el medicamento ANARTEX debió ser excluido de la licitación por no cumplir con la legislación vigente al no tener el PGR. A juicio de este Órgano, este motivo impugnatorio no puede aceptarse por las razones que se explican a continuación:

- 1) El medicamento ANARTEX se encuentra autorizado por la AEMPS (entidad estatal competente) para su comercialización desde el 11 de octubre de 2017, con el número de registro 82521.
- 2) Llegados a este punto, y dado que ningún medicamento puede comercializarse en España sin la autorización previa de la AEMPS o de la Comisión Europea, por una pura cuestión competencial y por su presunción de legalidad, no corresponde ni al poder adjudicador, ni a este OARC / KEAO, poner en cuestión, dentro de los procedimientos de adjudicación o recurso, el ajuste al Ordenamiento de dicha autorización de comercialización, sin perjuicio de que los interesados puedan impugnarlas ante la Administración que las concedió si lo estiman oportuno.

11.1.7 Plazo de garantía

#### Resolución 112/2019

A la vista de esta justificación, debe entenderse que el poder adjudicador, para decidir no imponer plazo de garantía, ha actuado dentro de los límites que el artículo 210.3 de la LCSP establece en esta materia a la discrecionalidad que le ampara para configurar el objeto del contrato del modo que considere más ajustado al interés general (ver, por todas, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO). En síntesis, y tal y como se deduce del citado precepto, el plazo de garantía es un plazo posterior a la recepción o conformidad del contrato durante el cual el contratista responde de los



defectos de su prestación que, inadvertidos en la citada recepción, se manifiestan en dicho periodo (ver el artículo 311.4 de la LCSP). Consecuentemente, este plazo puede no ser necesario para una prestación consistente, como la debatida, en una obligación de pura actividad cuyo alcance se agota en el momento de su realización porque no implica un resultado entregable, susceptible de incluir hipotéticos defectos que pueden aflorar pasado cierto tiempo. En todo caso, una vez comprobado que la Administración ha actuado dentro del margen de discrecionalidad que le corresponde, no puede aceptarse la pretensión del recurrente de que se introduzca en el contrato una cláusula legalmente no exigible; ello implicaría sustituir la discrecionalidad del órgano de contratación, investida de las notas de presunción de objetividad y cualificación profesional, por la suya propia, necesariamente parcial.

#### 11.1.8 Contratación centralizada

##### Resolución 159/2019

El recurrente y el poder adjudicador discuten si el contrato impugnado está o no sujeto al régimen de contratación centralizada en virtud del Decreto 23/2019. A juicio de este Órgano, la respuesta es afirmativa. El artículo 1 de esta norma declara de contratación centralizada “el suministro de energía eléctrica”, y dicho suministro está incluido dentro de las prestaciones del contrato. A estos efectos, es indiferente cuál sea el tipo contractual elegido para la adquisición de la energía, porque el objeto de la centralización no son dichos tipos, sino la adquisición de ciertos bienes o servicios. Una interpretación distinta vaciaría de contenido la propia figura de la centralización, que supone atribuir las competencias propias de múltiples órganos de contratación a un único órgano (en este caso, el Consejero de Hacienda y Economía, según el artículo 24 del Decreto 116/2016). Téngase en cuenta que, por un lado, una de dichas competencias es precisamente decidir cuál es la fórmula contractual más idónea para satisfacer el interés público y los principios generales de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO y el artículo 28.1 de la LCSP) y que, por otro lado, no tendría sentido que los órganos afectados por la centralización pudieran eludirla simplemente cambiando el tipo contractual utilizado o contratando la prestación cuya adquisición se centraliza conjuntamente con otras.



#### 11.1.9. Subcontratación

##### Resolución 107/2020

Los pliegos no establecen ninguna limitación a la subcontratación, por lo que no hay inconveniente en que la conexión a la que se refiere el apartado anterior se establezca con una CRA titularidad de otra empresa. A este efecto, el hecho de que, en la información facilitada en cumplimiento del requerimiento de los pliegos, previsto en el artículo 215.2 a) de la LCSP, el adjudicatario impugnado haya indicado que no tiene intención de subcontratar ninguna parte de la prestación no impide que, durante la ejecución del contrato, pueda acudir a esta figura, tal y como se deduce claramente del artículo 215.2 c) de la LCSP.

##### Resolución 130/2019

No obstante lo anterior, conviene precisar que la subcontratación supone, a los efectos de la LCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal, de tal modo que no están comprendidos en este concepto otras modalidades de externalización de la actividad empresarial como, por ejemplo, la adquisición a otras empresas de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sí sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación (ver la Resolución 92/2016 del OARC / KEAO) (...)



## **ANEXO: SENTENCIAS DEL TSJPV SOBRE RESOLUCIONES DEL OARC/KEAO**

En este anexo se enumeran las Resoluciones del OARC / KEAO sobre las que ha recaído sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimatoria, total o parcial, o desestimatoria y que se han publicado en la base de datos del CENDOJ antes del 31 de marzo de 2020. En este listado no se incorporan las sentencias o autos que no tengan un pronunciamiento de fondo (desistimiento, caducidad, procedimiento declarado concluso etc.)