



EB 2015/101 EB 2015/105

Resolución 110/2015, de 15 de octubre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE formada por LAGUNDUZ 2, S.L. / FUNDACIÓN SALUD y COMUNIDAD (EB 2015/101) y AURRERANTZ, SCOOP. (EB 2015/105), frente a la adjudicación del contrato de “servicio de ayuda domiciliaria (SAD) de Arrigorriaga”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Los días 14 de agosto y 21 de agosto de 2015 tuvieron entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) los recursos especiales interpuestos por la UTE formada por LAGUNDUZ 2, S.L. / FUNDACIÓN SALUD y COMUNIDAD (en adelante, la UTE) y AURRERANTZ, S.COOP, frente a la adjudicación del contrato de “servicio de ayuda domiciliaria (SAD) de Arrigorriaga”.

SEGUNDO: El mismo día de su entrada se trasladó el recurso al Ayuntamiento de Arrigorriaga. El expediente y el informe acerca del recurso de la UTE al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP) se recibieron en el OARC / KEAO el 20 de agosto de 2015. El informe del poder adjudicador al recurso de AURRERANTZ, S.COOP. se recibió el día 28 de agosto de 2015



TERCERO: Trasladados los recursos a los interesados, dentro de plazo otorgado se han recibido las alegaciones de URGATZI, S.L., adjudicataria impugnada, a ambos recursos.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Habida cuenta de que los dos recursos impugnan el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Arrigorriaga, de adjudicación del contrato, y que entre ellos hay una íntima conexión procede su acumulación para resolverlos también en un único acto, tal y como expresa el artículo 73 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SEGUNDO: Consta la legitimación de los recurrentes así como la representación de Don L.M. T.E. que comparece en nombre de la UTE y la de Doña K. A.G. que comparece en nombre de AURRERANTZ.

TERCERO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado sea superior a 207.000,00 €. El contrato cuya adjudicación se recurre es un servicio de la categoría 25 (Servicios sociales y de salud) con valor estimado de 1.038.461,54 €, por lo que queda sujeto a los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación.

CUARTO: El acto impugnado es el Decreto de Alcaldía de 4 de agosto de adjudicación del contrato, susceptible de recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 c) del TRLCSP.

QUINTO: URGATZI, como interesado, plantea la extemporaneidad de los recursos. En el caso de la UTE porque los licitadores tuvieron la posibilidad de haber recurrido la licitación en el momento de publicarse los pliegos, y en el recurso interpuesto por AURRERANTZ porque el recurrente pudo y debió



recurrir la aceptación de su oferta, que es un acto sustancial y expresamente recurrible conforme a lo dispuesto en el artículo 40.2 b) del TRLCSP.

Sobre el primer recurso nos remitimos a lo que se indicará en el Fundamento de Derecho Décimo acerca de la impugnación de las cláusulas de los pliegos y la excepción a su preclusividad que supone los vicios afectos por una nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común).

En el segundo recurso, el artículo 40.2 b) del TRLCSP que invoca el recurrente prevé que podrán ser objeto de recurso «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

El acto que acuerda la aceptación de una proposición es un acto de trámite pero no decide ni directa ni indirectamente sobre la adjudicación, por lo que no es objeto de recurso. En este sentido se manifestó este OARC / KEAO en su Resolución 88/2013 –con referencia a las Resoluciones del TACRC 59, 68 y 238 todas ellas del año 2011–. En consecuencia, no puede acogerse la excepción de extemporaneidad del recurso que alega el interesado.

En consecuencia, ambos recursos se han interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Arrigorriaga tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.



SÉPTIMO: Recurso EB 2015/101 interpuesto por la UTE LAGUNDUZ 2, S.L. / FUNDACIÓN SALUD y COMUNIDAD.

7.1.- Lo que dice el recurrente:

a) Que la propuesta de adjudicación únicamente hace referencia a las puntuaciones obtenidas por las licitadoras en los sobres “B” y “C” pero no adjunta, total o parcialmente, referencias al informe que la Mesa de contratación ha elaborado o ha tenido presentes a nivel técnico en su decisión de manera previa a su propuesta de adjudicación. Reconoce que en la apertura de sobre “C”, el día 29 de julio de 2015, todos los licitadores tuvieron conocimiento del informe de fecha 3 de julio que les fue entregado por el Ayuntamiento con las puntuaciones, aunque no de las valoraciones correspondientes.

Reproduce la cláusula 12.- del Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante, PCA) que establece los criterios de adjudicación y manifiesta que el informe técnico de valoración que les fue entregado no había seguido los criterios establecidos en los pliegos que rigen el contrato. El informe se estructura en seis bloques de mejoras que no aparecen detallados en los criterios establecidos en el PCA. Además, únicamente enumera los contenidos que cada licitador ha aportado para los bloques que la Mesa de valoración ha establecido, pero en ningún momento los analiza o efectúa una comparación entre los licitadores. Considera que la Mesa de valoración, una vez conocidas las mejoras ofertadas, decide establecer unos criterios de clasificación de las mejoras ofertadas, no recogidas en los pliegos que distan, en mucho, de la organización de las mismas presentada por el recurrente y presumiblemente por el resto de licitadores.

Entiende que si el Ayuntamiento de Arrigorriaga hubiese querido que los licitadores presentaran sus mejoras en base a bloques debería haber quedado reflejado en los pliegos, y no hacerlo con posterioridad una vez abiertos los sobres y conocidas las ofertas de los licitadores. Este hecho infringe el artículo



147 del TRLCSP y vulnera los principios de igualdad de trato de los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Prosigue diciendo que las mejoras a ofrecer por los licitadores están establecidas en los pliegos de una manera general, que hubiera hecho posible su impugnación, cosa que no hizo ningún licitador, pero que las nulidades de pleno derecho y en particular las previstas en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, que afectan a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, habilitan para declarar la nulidad de los pliegos aunque no hayan sido previamente impugnados. En defensa de sus argumentos cita las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los asuntos C-513/99 y C-448/01, la Resolución 129/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y las Resoluciones 70/2014 y 6/2015 de este OARC / KEAO.

b) Independientemente del establecimiento de criterios de valoración distintos a los recogidos en los pliegos, afirma que las puntuaciones otorgadas a cada uno de los licitadores es totalmente discrecional, ya que el informe de valoración en ningún momento comenta o analiza las puntuaciones otorgadas ni la compara entre distintos licitadores y se limita a distribuir las mejoras aportadas por los licitadores entre bloques de mejoras establecidos con posterioridad a los pliegos, por lo demás calculada con notable laxitud porque se otorgan puntuaciones exactas todas ellas en múltiplos de cinco entre 40 y 10 puntos.

Continúa diciendo que la comparativa entre las mejoras de los licitadores es poco menos que imposible. La mayoría de las mejoras propuestas por la adjudicataria son “a demanda”, que difícilmente se pueden presupuestar. Por el contrario, considera que su oferta es la que debiese haber recibido la máxima puntuación dada la cantidad de mejoras y su amplitud en todas las categorías, más teniendo en cuenta que son concretas y se pueden cuantificar.

c) Solicita que se declare la nulidad de la adjudicación del contrato o, en su defecto, se retrotraiga el expediente al momento anterior a la aprobación de los pliegos, conteniendo respecto de las mejoras cuáles serán tenidas en cuenta por la administración.



7.2.- Lo que dice el poder adjudicador.

El informe del poder adjudicador comienza describiendo distintos aspectos de las mejoras como son su concepto y significado, las condiciones para su presentación y las consecuencias que tiene el incumplimiento de tales condiciones. Apoya su parecer en diversas resoluciones de tribunales de resolución de recursos especiales.

Reproduce la cláusula 12.1 del PCA sobre criterios no cuantificables por fórmulas. Hace referencia al informe de valoración que clasifica las mejoras ofertadas por los licitadores en diversos apartados y otorga puntuaciones. Aprecia que la clasificación realizada en el informe supone una división en subcriterios no contemplados en el PCA, que es motivo de nulidad de la licitación. Considera que en lo relativo a las mejoras el PCA es genérico e indeterminado y que no recoge las mejoras que se admiten, con qué criterios se iban a valorar y la ponderación de su valoración. Concluye diciendo que la omisión del PCA en lo relativo a las mejoras es causa apreciable de nulidad de pleno derecho que se extendería a toda la licitación.

7.3.- Lo que dice URGATZI en sus alegaciones.

a) El recurrente reconoce que recibió el informe de valoración de 3 de julio de 2013, por lo que no es cierto que no haya referencias a las valoraciones de la Mesa de contratación.

b) Considera que el informe de valoración no crea criterios de valoración a posteriori de los pliegos sino que, a la hora de emitir su valoración, ha procedido a la ordenación de la totalidad de las propuestas ofertadas por los licitadores estructurando todas ellas en distintos apartados sin exclusiones con el objeto de facilitar la realización de una comparativa entre las mismas que permita un control de legalidad adecuado y ponderado de las propuestas y las puntuaciones otorgadas, de modo que si los licitadores hubieran incluido otro



tipo de propuestas se hubiesen recogido en otros apartados distintos. Reproduce la cláusula 10 del PCA sobre la documentación relativa a aspectos objeto de valoración subjetiva, donde se prevé la aportación de una Memoria susceptible de ser valorada según los criterios establecidos en la cláusula 12.1 del PCA.

Debido a ello, no se otorgan puntuaciones en cada uno de estos apartados, primero porque no son subcriterios a valorar sino meros indicadores, y segundo porque no se trata de un listado tasado de mejoras con sus puntuaciones individuales sino que consiste en la presentación de una memoria que contenga todo un plan global de servicios adicionales al servicio de ayuda a domicilio, que se deben proponer tal y como regula la cláusula 12.1 del PCA. El análisis de las memorias exige una valoración conjunta y global y no mediante una valoración aislada e individualizada de cada mejora. Añade que la recurrente no hace ni una sola mención a cuál de sus mejoras contenidas en su memoria no ha sido valorada o ha sido excluida o incluida indebidamente. Prosigue diciendo en su alegato que las memorias han sido valoradas otorgando las puntuaciones dentro del parámetro máximo de puntuación sin sobrepasarlo (40 puntos) y sin quebranto de la cláusula 12.1 del PCA.

c) Aprecia que el recurrente emite opiniones subjetivas y generales propias de quien mantiene una lógica discrepancia con la opinión técnica pretendiendo sustituir el criterio de órgano valorador por su propio criterio particular.

d) Sobre la crítica del recurrente de que difícilmente se puede realizar un presupuesto riguroso y una oferta económica razonable por el hecho de ofertar “a demanda”, considera que su propuesta es más acertada que la de ofertar un número concreto y específico ya que se atiende a las necesidades reales y complementarias que pueden darse. Critica que el recurrente considere positivo de su oferta que puede ser cuantificada, cuando en el PCA se establece que las mejoras no pueden suponer un coste adicional para la administración.



e) Niega que en el informe de valoración se hayan otorgado puntuaciones a cada bloque de mejoras y que se hayan creado y valorado con posterioridad a su aprobación criterios diferentes de los establecidos en el PCA, desconocidos para los licitadores.

Alude a la discrecionalidad técnica de la administración que, en este caso, se sustenta en el informe de los servicios sociales del Ayuntamiento de 3 de julio de 2015, que cumple los estándares de motivación ya que permite al licitador conocer las razones por las que el órgano de contratación ha otorgado las puntuaciones del criterio de juicio de valor.

f) Afirma que el recurrente expresamente reconoce que los licitadores tuvieron la posibilidad de haber recurrido la licitación en el momento de publicarse los pliegos, lo que es un reconocimiento de que el motivo del recurso es extemporáneo. Concluye que el contrato administrativo es un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales son acordadas por la administración y el contratista, siendo irrefutable la regla general de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza entre ambas partes. Considera que la estipulación objeto de recurso es precisa acerca de los elementos sobre los que elaborar la memoria con las mejoras a implantar, por lo que el recurrente sabía qué elementos del contrato eran relevantes para el órgano de contratación al objeto de desarrollar su oferta de memoria.

g) Solicita que se dicte resolución desestimando el recurso.

OCTAVO: Recurso EB 2015/105 interpuesto por la AURRERANTZ, S.COOP.

8.1.- Lo que dice el recurrente:

a) Impugna con carácter principal la infracción de los artículos 1, 86.1, 139 y 145 del TRLCSP: oferta técnica indeterminada e indefinida, inalterabilidad de las ofertas y principios de igualdad y transparencia.



Según se aprecia del informe de 3 de julio de 2015 la práctica totalidad de la oferta del adjudicatario resulta indefinida al haberse propuesto “a demanda”, para que el órgano de contratación una vez adjudicado el contrato proceda a integrar, completar y dar sentido a la oferta de URGATZI, lo cual conculca gravemente el principio de inalterabilidad de las ofertas que inspira todo procedimiento de concurrencia competitiva. Por el contrario, AURRERANTZ sí ha dotado de contenido el objeto de su oferta técnica.

El planteamiento del adjudicatario supone que 16 de las 21 mejoras están totalmente indefinidas al haber sido formuladas “a demanda”, lo que impide la comparación entre ofertas.

Señala el recurrente que no se trata de un error en la oferta técnica o vacío susceptible de ser subsanado, y que la corrección a que hace referencia el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no puede ser admitida cuando se trata de integrar, alterar y concretar la oferta técnica tras el momento preclusivo de su presentación. En su apoyo cita la sentencia TJUE de 29 de marzo de 2013 (asunto C-599/10).

Considera que en virtud del artículo 63 de la LRJAP-PAC el acto de adjudicación debe ser anulado por vulneración del PCA y de las normas básicas de contratación en materia de formulación de proposiciones, y que en su lugar se dicte otro acto de adjudicación a favor de AURRERANTZ, por ser la oferta económicamente más ventajosa clasificada en segundo lugar.

b) Con carácter subsidiario impugna la infracción de los artículos 1, 139, 147.2 y 150 del TRLCSP y 14 CE: indeterminación del criterio de valoración de las ofertas técnicas (mejoras), principios de igualdad y transparencia.

Aprecia el recurrente que subsidiariamente concurren motivos que justifican la anulación del criterio de valoración de las ofertas técnicas y, por ende, del procedimiento de adjudicación, debido a la indefinición y vaguedad de los



términos en que dicho criterio es perfilado en los pliegos con menoscabo para los principios de igualdad y transparencia.

El apartado 12.1 del PCA se limita a señalar de forma genérica y abstracta que se valorarán aquellas mejoras que puedan redundar en la mejor calidad de vida y entorno de los usuarios del SAD, sin que ello pueda suponer un coste adicional para la administración o genere nuevas necesidades de servicio. A la vista de lo anterior concluye que no se delimitan, especifican o concretan, tal y como legalmente es exigible, en que han de consistir tales mejoras y sobre qué elementos pueden recaer. Este vicio se ha arrastrado hasta el mismo acto de adjudicación, tras cuya lectura resulta imposible conocer los motivos que han llevado al órgano de contratación a atribuir la mayor puntuación a URGATZI.

Señala que el artículo 147 del TRLCSP impone una serie de requisitos legales que necesariamente han de seguir los pliegos del contrato al admitir la posibilidad de mejoras. Entiende que el contenido de qué concreta mejora puede ser presentada y cómo se valorará se ha definido de forma genérica, abstracta y no con la suficiente precisión. Considera que el licitador carece de la información adecuada para presentar debidamente su oferta y conocer de antemano qué concretos aspectos pueden ser mejorados y bajo qué concretos parámetros serán valoradas y ponderadas las mejoras. Prosigue diciendo que conforme al artículo 150 en relación con los artículos 1 y 139 del TRLCSP, los pliegos deben definir con la debida precisión estos extremos a fin de dar cumplimiento a los principios de igualdad y transparencia. Igualmente alude al artículo 54 de la LRJAP-PAC según la cual las decisiones que pongan fin a procedimientos selectivos o de concurrencia deberán ser especialmente motivadas. En su apoyo cita al Resoluciones 598/2015, 370/2014 y 604/2014 del TACRC.

Sobre el momento para hacer valer las alegaciones frente al apartado de mejoras, afirma el recurrente que al tratarse de una infracción que lesiona derechos y libertados susceptibles de amparo constitucional como es el principio de igualdad del su artículo 14, nos encontramos en el supuesto del



artículo 62.1 a) de la Ley de RJ-PAC, siendo necesaria la anulación de todo lo actuado, y cita la sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01).

c) También con carácter subsidiario alude a la infracción de los artículos 150, 151.4 del TRLCSP y 54 de la LRJAP-PAC

El informe de 3 de junio de 2015 únicamente se limita a comunicar las puntuaciones obtenidas por los distintos candidatos y a adjuntar un cuadro en el que tan solo se enumeran los ítems o mejoras ofertadas por cada uno. Alude a la doctrina de los órganos de recursos que, en línea con lo previsto en el artículo 151.4 del TRLCSP, señalan que motivar un acto no es únicamente dar publicidad a las puntuaciones otorgadas a cada propuesta, sino que se cumple cuando se realiza una valoración crítica, argumentada y razonada acerca de los motivos por los cuales las ofertas son merecedoras de una mayor puntuación por satisfacer de la mejor forma posible los criterios de valoración previamente fijados de forma clara e inequívoca en el PCA. No existiendo tales motivos, considera que el acto de adjudicación vulnera los artículos 150 y 150.4 del TRLCSP y el artículo 54 de la LRJAP-PAC, siendo necesaria su anulación de conformidad a lo dispuesto en el artículo 63 de esta última.

8.2.- Lo que dice el poder adjudicador:

a) La consideración “a demanda” de las mejoras propuestas por el adjudicatario no constituye por sí una oferta indeterminada ni genérica, sino la expresión de que en las prestaciones ofertadas puede abarcar al conjunto de usuarios que la demanden, sin que tengan porque estar limitadas en número. Dicha consideración tiene que ver con una mayor capacidad en el ámbito organizativo del URGATZI que el de otras empresas licitadoras.

b) Sobre el segundo motivo de impugnación referido al criterio de mejoras, el informe del poder adjudicador repite los argumentos expuestos en el apartado



7.2.- del Fundamento de Derecho Séptimo, por lo que se dan aquí por reproducidos.

c) En relación a la ausencia de motivación, afirma que el informe de valoración enumera las mejoras recaídas sobre las personas usuarias de manera amplia y exhaustiva. Aprecia que lo que no se puede pretender es una aplicación matemática de la valoración de las mejoras como si respondiese a aspectos objetivables o computables de forma matemática, sin que se pueda motivar su puntuación como si se reglase su cómputo por lo que a partir de ahí, al margen de una enumeración descriptiva de las mismas, no es lógico hacer mayores juicios de valor que el mero listado de éstas. Además, al ser las mejoras ofertadas por URGATZI “a demanda”, sin limitación del número de usuarios, tiene sentido que se le otorgue la mayor puntuación. De igual forma, si se cuantifican el número de mejoras sobre el usuario de cada licitador, se puede observar que su número guarda proporción con la mayor puntuación otorgada.

d) Solicita la desestimación del recurso respecto de la pretensión principal de anular la adjudicación y excluir la oferta del adjudicatario, formulando una nueva adjudicación a favor del candidato posicionado con la segunda oferta más ventajosa. Sobre la segunda pretensión de que subsidiariamente se anule y se deje sin efecto el apartado relativo a “mejoras”, señala que pudieran constituir una causa apreciable de nulidad de pleno derecho que se extendiese a toda la licitación y que, por tanto, afectase a todos los licitadores.

8.3.- Lo que dice URGATZI en sus alegaciones:

a) La oferta de AURRERANTZ también contiene propuestas con la referencia “a demanda”. De cualquier manera, consideran que esta fórmula es respetuosa con los pliegos y se atiende a las necesidades reales complementarias que puedan darse, sin exceder ni quedarse corta como puede suceder ofertando un número concreto. En conclusión, afirma que el motivo del recurso está construido sobre la premisa errónea de considerar que la oferta técnica otorga



la posibilidad de alterar la propuesta a posteriori, algo que no tiene ningún sustento real ni se ajusta a la realidad de la oferta presentada.

b) Sobre la impugnación del criterio de mejoras, mantiene los mismos argumentos ya expuestos en las alegaciones recogidas en el apartado 7.3.- del Fundamento de Derecho Séptimo, en el recurso de la UTE, que se dan aquí por reproducidas.

c) Sobre la motivación de la adjudicación distingue entre elementos reglados y discrecionales. Esta última se encuentra sustentada en el informe de 3 de julio de 2015 de los servicios sociales, que permite conocer a los licitadores las razones de las puntuaciones otorgadas en el criterio sujeto a juicio de valor. A su juicio, el contenido del informe es claro y no deja lugar a dudas cuando indica que los servicios sociales han valorado las propuestas, han procedido a la ordenación de las memorias de los licitadores, estructurando en distintos apartados al objeto de realizar una comparativa entre las mismas que permite un control de legalidad adecuado y ponderado. El criterio de valoración no consiste en un listado tasado de mejoras con puntuaciones individuales, sino que supone el desarrollo de una memoria con un plan de servicios adicionales, que debe ser estudiada de manera global, por lo que no se otorgan puntuaciones para cada uno de los apartados.

d) Solicita la desestimación del recurso especial.

NOVENO: El motivo principal de impugnación del recurso de la UTE, también invocado subsidiariamente por AURRERANTZ, versa sobre el criterio de adjudicación de las mejoras, que con una ponderación de 40 puntos exige la emisión de un juicio de valor. Los recurrentes dejan entrever que el criterio en su formulación es genérico y que incumple lo señalado para las mejoras en el artículo 147 del TRLCSP. Señalan que aunque el pliego no fue impugnado en el momento oportuno, la preclusividad del plazo para la interposición del recurso tiene como límite los vicios que supongan la nulidad de pleno derecho, concretamente el artículo 62.1 a) de la Ley de Régimen Jurídico de las



Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece que dicha nulidad afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades de amparo constitucional como es el principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

Debe, en consecuencia, examinarse el contenido de la cláusula 12.1 del PCA de “Criterios no cuantificables por fórmula (hasta 40 puntos)”, que contiene un único criterio sobre “Mejoras en el servicio” con el siguiente contenido:

«Se valorarán aquellas mejoras propuestas por las licitadoras y los licitadores que complementen la prestación del SAD incluidas en las condiciones técnicas y redunden en la calidad de vida de la persona usuaria y su entorno sin que supongan coste adicional para la administración y no genere una nueva necesidad de servicio.»

Según la cláusula 10 del propio PCA, la acreditación de las mejoras propuestas se realiza en el sobre “B”, que contiene la documentación relativa a aspectos objeto de valoración subjetiva, a cuyo fin:

«Se deberá aportar la documentación (Memoria) susceptible de ser valorada según los criterios establecidos en la cláusula 12.1 de estos pliegos.

(...).»

Para la valoración del criterio de adjudicación, el Responsable de los Servicios Sociales del Ayuntamiento emite un informe el día 3 de julio de 2015. Este documento describe y clasifica las mejoras que propone cada licitador en los siguientes grupos:

- .- Personas usuarias.
- .- Personas trabajadoras.
- .- Personas cuidadoras.
- .- Supervisión servicio.
- .- Coordinación servicio.



.- Gestión calidad servicio.

Por lo demás, el informe otorga una única puntuación a cada empresa por todas las mejoras presentadas, sin que se fundamenten y motiven las puntuaciones. A este respecto, no puede admitirse la alegación de URGATZI cuando afirma que en el informe de 3 de julio de 2015 se motiva la decisión al expresar literalmente que «Los Servicios Sociales proceden a la valoración de las misma, teniendo en cuenta que redunden en la calidad de vida de las personas usuarias del Servicio. Partiendo de la base que dichas mejoras tengan una mayor cobertura, quedando la puntuación acorde al cuadro conjunto, resultando la siguiente puntuación.» El párrafo reproducido no contiene los requisitos para la motivación de la adjudicación del artículo 151.4 del TRLCSP, que permiten a los licitadores la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Sobre las mejoras como criterio de adjudicación, este OARC / KEAO ha manifestado en numerosas ocasiones –por última vez en la Resolución 57/2015– que:

«El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación impugnado, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos. Entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que, si se autoriza la presentación de mejoras, debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. 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 C-513/99)»

Contrastado el criterio impugnado con esta normativa, se observa que el PCA no precisa con suficiente claridad los elementos sobre los que versará la



mejora, ni pondera cada uno de ellos dentro del peso total de este criterio de adjudicación, también se observan insuficiencias en cuanto a la descripción de la forma de valorar las mejoras propuestas.

Las alusiones de la cláusula 12.1 del PCA a que las mejoras deben “complementar la prestación del SAD incluidas en las condiciones técnicas”, que “redundan en la calidad de vida de la persona usuaria y su entorno”, que “no supongan coste adicional alguno para la administración” y “no genere una nueva necesidad de servicio”, son genéricas y además obvias. No se pueden entender mejoras que no completen las prestaciones contratadas y que no redunden en beneficio de los usuarios. La carencia de coste adicional y la ausencia de generación de nuevas necesidades de servicios también son una evidencia, pues en otro caso no se estarían proponiendo mejoras sino variantes a la prestación propuesta.

La formulación de un criterio de adjudicación, como el descrito en el punto 12.1 del PCA, ha permitido a los licitadores presentar toda una batería de propuestas diversas, sin que se haya fijado previamente sobre qué elementos deberán versar las mejoras, su ponderación y la forma de su valoración, de forma que el poder adjudicador ha dispuesto de una libertad absoluta en su valoración, que va más allá de la discrecionalidad técnica propia de los criterios que se valoran mediante la emisión de juicios de valor. Además, las puntuaciones otorgadas han carecido de la más mínima motivación.

Tampoco puede aceptarse la alegación del interesado de que las mejoras se plantean como un plan global de servicios adicionales al servicio de ayuda a domicilio y que el análisis de las memorias exige una valoración conjunta y global y no mediante una valoración aislada e individualizada de cada mejora. El hecho de que el criterio de mejoras fuera el único cuantificable mediante juicio de valor y que su acreditación se realizara mediante la presentación de una memoria global, no desvirtúa lo dicho sobre el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 147 del TRLCSP.



Por tanto, debe determinarse que el criterio de adjudicación sobre mejoras es jurídicamente inaceptable.

DÉCIMO: Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, y lo señalan los recurrentes, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y el de transparencia e igualdad de trato recogidos en el art. 139 TRLCSP (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a las mejoras

UNDÉCIMO: La declaración de nulidad del criterio de adjudicación de “mejoras” conlleva la de todo el proceso de licitación (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria



aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre el criterio declarado nulo.

DUOÉCIMO: Debe añadirse que el criterio impugnado posibilita que el poder adjudicador actúe de modo arbitrario a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado el poder adjudicador sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al poder adjudicador una libertad ilimitada para adjudicar el contrato. Una vez reconocido que la cláusula es en sí misma arbitraria y que cualquier ejecución de la misma lo será igualmente porque en nada se condiciona la actuación del poder adjudicador, no tiene sentido que este OARC / KEAO elija una de las posibles interpretaciones de la cláusula para estimar o desestimar la pretensión, pues tal interpretación sería, necesariamente, otra arbitrariedad, siendo en consecuencia necesaria la declaración de nulidad de dicha cláusula. En este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-583/13, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “eVigilo Ltd” apoya este criterio cuando señala, como excepción a la preclusividad del plazo de interposición del recurso, el caso de las condiciones de licitación cuya ilegalidad solo puede percibirse una vez que se analiza la motivación de la adjudicación, como es precisamente el caso de los criterios de adjudicación excesivamente abstractos (ver, el apartado 27 de la citada sentencia). Por ello, no cabe aquí alegar que los Pliegos han pasado a ser firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma.



DECIMOTERCERO: Por otro lado, la declaración de nulidad es congruente con las pretensiones de los recurrentes. La UTE se solicita de manera subsidiaria la retroacción del expediente hasta el momento anterior a la aprobación de los pliegos, y AURRERANTZ pide la nulidad de todo lo actuado.

DECIMOCUARTO: La declaración de nulidad de la cláusula 12.1 del PCA y la necesidad de poner en marcha un nuevo expediente, hacen innecesario el examen del resto de los motivos de impugnación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar los recursos especial en materia de contratación interpuestos por la UTE formada por LAGUNDUZ 2, S.L. / FUNDACIÓN SALUD y COMUNIDAD (EB 2015/101) y AURRERANTZ, S.L. (EB 2015/105), frente a la adjudicación del contrato de “servicio de ayuda domiciliar (SAD) de Arrigorriaga”, declarando la nulidad de la cláusula 12.1 “Mejoras en el servicio” del PCA y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko urriaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de octubre de 2015