



EB 2014/0133

Resolución 120/2014, de 14 de noviembre de 2014, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Clece, S.A. contra los Pliegos del contrato de prestación de los servicios asistenciales y complementarios de la Residencia San Juan Bautista, tramitado por el Ayuntamiento de Andoain

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 31 de octubre de 2014 la empresa Clece, S.A. (en adelante, Clece) interpuso ante el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia contratación frente a los Pliegos del contrato de prestación de los servicios asistenciales y complementarios de la Residencia San Juan Bautista, tramitado por el Ayuntamiento de Andoain.

El mismo día de su presentación, OARC / KEAO remitió el recurso al Ayuntamiento de Andoain y solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). El expediente y el informe causaron entrada en el registro de este Órgano Resolutorio el día 4 de noviembre de 2014.

SEGUNDO: Al día siguiente se dio traslado del recurso a los interesados para que formularan alegaciones, sin que se haya recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Los Pliegos impugnados califican el contrato como administrativo especial, lo cual impediría la admisión del recurso especial, pues este tipo contractual no está incluido en su ámbito objetivo. Sin embargo, debe darse la razón al recurrente cuando alega que su verdadera naturaleza es la de contrato de servicios y por lo tanto el recurso es admisible. Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus resoluciones 16/2014 y 76/2014) que el OARC/KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Así, en el presente caso, del análisis de la documentación contractual se deduce que la calificación de contrato administrativo especial (cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) no es correcta, ya que concurren claramente las notas propias del contrato de servicios. Este contrato se define en términos amplísimos en el artículo 10 TRLCSP como aquél que consiste en «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». Como puede verse, en esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos como el analizado, en los que la Administración gestiona directamente (es decir, sin transferencia del riesgo de explotación) y a cambio del pago de un precio un servicio de su competencia encomendando a un operador económico prestaciones de hacer como las que se señalan en el apartado 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). Por otro lado, llama la atención que el poder adjudicador actúe de modo inconsecuente con la calificación que él mismo ha asignado al contrato, pues no solicita la inadmisión del recurso en base a que se refiere a un contrato no impugnado, actuación que sería la única coherente con la consideración de que se trata de un contrato administrativo especial.



En consecuencia, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al OARC / KEAO, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, en relación con el artículo 40.1 b) TRLCSP, toda vez que se trata de un contrato de servicios incluido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado supera los 207.000 euros.

Por otra parte, y sin perjuicio de que pueda tenerse en cuenta en el caso de que el recurso prospere y deban elaborarse unos nuevos Pliegos, la recalificación de la naturaleza del contrato se formula ahora únicamente a efectos de determinar la procedencia de la interposición del recurso especial y la competencia del OARC / KEAO, sin que ello permita declarar la invalidez de las cláusulas de la documentación contractual o de las actuaciones procedimentales incompatibles con la verdadera naturaleza del contrato; téngase en cuenta que la resolución que este Órgano emita habrá de ser congruente con la pretensión del recurrente (artículo 47.2 TRLCSP), la cual no contiene, como se verá, ninguna impugnación en este sentido.

SEGUNDO: El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:

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

Mientras que el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) 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.»



A este respecto, queda acreditada la legitimación de la recurrente como empresa interesada en la adjudicación del contrato así como la representación de Don. J.M. G.V. que comparece en su nombre.

No es aceptable la alegación del poder adjudicador, que estima que el recurrente carece de legitimación por no haber presentado oferta y no haber acreditado cuál es el beneficio concreto que obtendría en caso de prosperar el recurso; en concreto, se afirma que ningún daño efectivo se le causa con la aprobación de los pliegos ni obtiene ningún beneficio real con la anulación de estipulaciones referidas a las mejoras, el umbral de temeridad o la necesidad de contar con un Comité de Expertos para valorar las proposiciones. La normativa y la jurisprudencia europea establecen que el sistema de recursos que el TRLCSP incorpora en sus artículos 40 y siguientes debe garantizar el acceso, como mínimo, a cualquier persona o empresa que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que lo incorporan al Derecho interno. En el presente caso, la empresa tiene interés en la adjudicación del contrato y alega que las cláusulas impugnadas pueden perjudicarle, como se verá más adelante. La negativa a reconocer el interés en obtener el contrato de que se trate y, en consecuencia, el derecho de acceder al recurso especial a una persona que no ha presentado oferta no puede menoscabar el efecto útil de dicho recurso (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/2/2004, asunto C-230/02). Este efecto desaparecería si se aceptara la alegación del poder adjudicador que pide para admitir el recurso que la empresa pruebe, además de su interés en el contrato y que las cláusulas impugnadas son ilegales, que tales cláusulas le generan un perjuicio cierto, concreto y tangible incluso antes de ser aplicadas, cuando para acreditar la legitimación es suficiente con la mera posibilidad de que la infracción denunciada le suponga un daño. Esta interpretación haría, de hecho, prácticamente imposible la impugnación de las estipulaciones del PCAP referidas al procedimiento de licitación, como las que son objeto de esta Resolución, por lo que no puede ser aceptada.



TERCERO: El artículo 40.2. a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

«a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

El recurso especial interpuesto por el operador económico recurrente impugna el PCAP.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

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

SEXTO: El recurso impugna tres apartados del PCAP por las razones que, en síntesis, se exponen:

a) La cláusula 12ª del PCAP no determina ni especifica qué mejoras se pueden presentar, ni el modo o los parámetros que se tendrán en cuenta para su valoración, infringiéndose el artículo 147 TRLCSP y vulnerando los principios de igualdad de trato y no discriminación, libre concurrencia y transparencia, establecidos en los artículos 1 y 139 TRLCSP.

b) La cláusula 12ª del PCAP, apartado oferta económica, establece un umbral para apreciar inicialmente que una proposición está incurso en anormalidad o desproporción basado en un valor absoluto de la oferta (es decir, señalando de antemano el parámetro de temeridad) en lugar de utilizar un sistema de comparación con las demás ofertas, lo cual restringe la libre competencia que debe presidir la contratación pública.



c) A pesar de que los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor tienen una mayor ponderación que los sujetos a la aplicación de fórmulas, el PCAP no contiene ningún nombramiento del Comité de Expertos exigido en este caso por el artículo 150 TRLCSP, ni los demás requisitos requeridos por los preceptos del Real Decreto 817/2009 que desarrollan parcialmente el TRLCSP en esta materia (composición, designación de los miembros, publicidad, etc.).

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) La valoración de las mejoras en diez puntos porcentuales se considera correcta y obedece a que la complejidad del objeto del contrato no permite conocer “a priori” todas las soluciones técnicas que el mercado puede ofrecer, por lo que los pliegos no las pueden enumerar ni describir, razón por la que se permite este margen limitado de diez puntos. Los pliegos establecen cuáles son las mejoras admisibles, ya que se refieren a la “mejora en la atención psicosocial” y a que deben versar sobre “elementos o cuestiones no señaladas en los anteriores criterios”; además, la relativa indeterminación de los criterios de adjudicación es aceptable siempre y cuando no supongan “a posteriori” distorsiones injustificadas.

b) El límite para apreciar la anormalidad o desproporción de la oferta obedece a que se trata de un servicio que requiere condiciones de prestación muy delicadas, dirigido a personas ancianas que no pueden ser dejadas al cuidado de personal desmotivado o descontento con su situación laboral; por ello, al establecerse como obligación empresarial el cumplimiento del convenio de Gipuzkoa y exigirse su mantenimiento durante la vida del contrato se establece dicho límite. En cualquier caso, los Pliegos no contemplan la exclusión automática del licitador presuntamente incurso en temeridad, sino que la empresa tiene la posibilidad de justificar la viabilidad económica de la oferta.

c) No se ha querido que criterios de adjudicación puramente mercantilistas supusieran una merma en la calidad de la atención a los usuarios, por lo que se ha optado por dar preponderancia a criterios subjetivos, cosa que el TRLCSP



expresamente permite. Se alega que no es preceptiva la incorporación al Pliego cuando se trata de un comité formado por expertos no integrados en el órgano proponente, órgano que el poder adjudicador identifica con la Mesa de Contratación, siendo personal técnico cualificado que no se integra en ella el que formaría parte del Comité de Expertos y elaboraría el informe de valoración. Por otro lado, se estima que el Real Decreto 817/2009 desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, que al ser derogada por el TRLCSP dejaría vigente el Real Decreto 817/2009 solo en lo que no se oponga a su contenido, por lo que solo estarían vigentes las exigencias de publicación del artículo 150.2 TRLCSP, que se refieren únicamente al organismo técnico especializado pero no al Comité de Expertos.

OCTAVO: El recurrente manifiesta su oposición a la siguiente redacción del criterio de adjudicación “Propuesta de mejora”, contenido en la cláusula 12ª del PCAP:

«Propuestas recogidas en la memoria técnica de la empresa no incluidas en los apartados anteriores y que pudieran determinar una mejora en la prestación del servicio, así como propuestas de mejora en la atención psicosocial.

Las mejoras deberán tratar sobre elementos o cuestiones no señaladas en los anteriores criterios.»

El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en este caso, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos, siendo especialmente significativo para el objeto de este recurso el que exige que se precise sobre qué elementos queda autorizada su presentación. La estipulación analizada no contiene precisión acerca de los concretos elementos sobre los que pueden ofertarse las mejoras. La mención de que pueden referirse a la atención psicosocial sí es concreta, pero debe tenerse en cuenta de que el PCAP no solo permite esas mejoras, sino cualquiera que pueda suponer una mejora en la prestación del servicio, lo que es tanto como decir que las mejoras pueden versar sobre cualquier aspecto del objeto del contrato. De hecho, esta amplísima descripción hace superflua la referencia a la atención psicosocial, que ya está comprendida en el inciso anterior de la estipulación impugnada, pues no es más que un caso particular de mejora en la prestación del servicio. Por otro lado, la especificación de que las mejoras no pueden tratar sobre elementos recogidos en



otros criterios es superflua por redundante y no aporta precisión alguna: por definición, todos los criterios de adjudicación tratan sobre aspectos de la oferta no contemplados en otros criterios. Esta indefinición posibilita, por una parte, que el órgano de contratación pueda valorar cualquier mejora ofertada sobre cualquier elemento del contrato sin sujetarse a un límite predeterminado, y de otra, que el licitador no sepa exactamente qué elementos del contrato son relevantes para el órgano de contratación al objeto de centrar su oferta (ver, por todas, la Resolución 70/2014 de este OARC / KEAO). El propio poder adjudicador viene a reconocer implícitamente esta irregularidad cuando justifica la cláusula impugnada en que no se pueden conocer “a priori” todas las soluciones que el mercado puede ofrecer; sin embargo ello no es obstáculo para que los Pliegos puedan y deban recoger sobre qué aspectos de la prestación pueden incidir dichas soluciones contenidas en la oferta y presentadas como mejoras, tal y como exige el artículo 147 TRLCSP.

Al faltar la precisión solicitada por el artículo 147 TRLCSP y, consecuentemente, poder versar la mejora sobre cualquier elemento de la prestación, se está infringiendo el principio de transparencia, así como el de igualdad (artículo 1 TRLCSP), pues la elección y valoración de las mejoras puntuables queda al libre arbitrio del órgano de contratación, que goza de una libertad incondicionada para aplicar un criterio de valoración que no le vincula o limita en nada (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C-513/99). Por todo ello, este motivo de recurso debe estimarse.

NOVENO: El recurso impugna la cláusula 12ª del PCAP, la cual recoge el umbral para considerar una oferta como inicialmente incurso en anormalidad o desproporción; en concreto, la cláusula establece lo siguiente:

«Tendrán la consideración de desproporcionadas aquellas ofertas que sean inferiores en más de 20 unidades porcentuales al precio de licitación. En estos casos, se estará a lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP.»

Las cláusulas de temeridad similares a la que se utiliza en este caso, que fijan el umbral de anormalidad o desproporción de la oferta en un importe previamente



conocido y consignado en el pliego en lugar de hacerlo mediante una comparación con las demás ofertas, con lo que el citado umbral es desconocido “a priori”, han sido analizadas por este OARC / KEAO en sus Resoluciones 80/2014, 88/2014 y 97/2014, cuyo contenido se reproduce parcialmente a continuación:

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

A esta misma conclusión, aunque por otra vía, llega la Comisión Nacional de la Competencia, que en su Guía sobre la Contratación Pública y Competencia 2010¹ afirma que:

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

Consecuentemente, este motivo de impugnación debe aceptarse.

DÉCIMO: El artículo 150.2 TRLCSP establece que «(...) cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un

¹ Citada en el Informe 11/2014, de 7 de mayo de la JCCACAA y en la Resoluciones 42/2014 y 212/2013 del TACRC



mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.» Por su parte, el artículo 29 del Real Decreto 817/2009 señala que la designación de los miembros del comité de expertos podrá hacerse directamente en el PCAP o bien establecer en él el procedimiento para efectuarla; si la valoración ha de hacerse por un organismo técnico especializado, su designación deberá figurar igualmente en el PCAP. Finalmente, el artículo 30.1 de la misma norma indica que en el PCAP deberá constar la identificación del criterio o los criterios concretos que deban someterse a valoración por el comité de expertos o por el organismo especializado, el plazo en que éstos deberán efectuar la valoración y los límites máximo y mínimo en que ésta deberá ser cuantificada.

La citada normativa es aplicable al contrato analizado, ya que los criterios sujetos a juicio de valor suponen un 70% de la valoración total. Dicha normativa ha sido incumplida en varios aspectos. En primer lugar, el PCAP no menciona si la valoración la va a efectuar un comité de expertos o un organismo técnico especializado; y aunque ambas posibilidades respetarían el artículo 150.2 TRLCSP, lo cierto es que el poder adjudicador no ha optado por ninguna de las dos. Debe señalarse que si se opta por el organismo técnico especializado éste debe identificarse en los Pliegos, y si se prefiere el comité de expertos debe consignarse en ellos la designación de sus miembros o, al menos, el procedimiento para efectuarla; en el PCAP no consta ninguna de las dos cosas. En segundo lugar, tampoco figura el detalle de los criterios que hayan de someterse a evaluación por el comité o el organismo –aunque parece que serían los criterios “Proyecto de prestación del servicio” y “Propuestas de mejora” – ni el plazo para llevarla a cabo.

No se puede considerar, como plantea el poder adjudicador, que el artículo 29.1 del Real Decreto 817/2009 deba entenderse derogado en cuanto exige que el PCAP incluya la designación de los miembros del comité o el procedimiento para nombrarlos, pues la redacción del artículo 150.2 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, no es distinta de la que tenía el artículo 134.2 de la Ley 30/2007, que es una de las normas que aquél refundió –lo que es coherente con el hecho de que la delegación legislativa correspondiente abarcó la regulación,



aclaración y armonización de los textos refundidos, pero no su modificación—. Por lo tanto, el TRLCSP no ha tenido ningún efecto derogatorio sobre el Real Decreto 817/2009, que es su desarrollo reglamentario ahora como antes lo fue el de la Ley 30/2007. Tampoco se puede entender que el requisito de independencia se cumpla con la actuación de personal técnico ajeno a la Mesa de Contratación, ya que ésta no es el órgano proponente del que habla el artículo 150.2 TRLCSP; por el contrario, dicho órgano proponente no es otro que «aquél que en función de sus competencias ejerce la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación» (Informe 34/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

Consecuentemente, el tercer motivo de impugnación debe igualmente ser estimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

III.- RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Clece, S.A. contra los Pliegos del contrato de prestación de los servicios asistenciales y complementarios de la Residencia San Juan Bautista, tramitado por el Ayuntamiento de Andoain, y en consecuencia:

- a) Anular la cláusula 12ª del PCAP en lo que se refiere al criterio de adjudicación “Propuestas de mejora” y al umbral de consideración de oferta anormal o desproporcionada.
- b) Anular el PCAP por no incluir las referencias al comité de expertos u organismo técnico especializado, en los términos especificados en el Fundamento de Derecho Décimo.



c) Anular el procedimiento de licitación y ordenar la retroacción de actuaciones hasta el momento previo a la elaboración de los citados pliegos.

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

TERCERO: 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, 2014ko azaroaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de noviembre de 2014