



**EB 2015/008**

**Resolución 24/2015, de 25 de febrero 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, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CLECE, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de Centro de día del Patronato Municipal de Salud y Bienestar Social de Hernani”**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 13 de enero de 2015, la empresa CLECE, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de Centro de día del Patronato Municipal de Salud y Bienestar Social de Hernani”.

El expediente administrativo y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (OARC / KEAO) el 16 de enero de 2015.

**SEGUNDO:** El 19 de enero de 2015 se solicitaron alegaciones a los interesados. Dentro del plazo otorgado, se han recibido las de la empresa EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A, adjudicatario impugnado.



## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** De conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44.4. a) del TRLCSP, queda acreditada en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don J.M. G.V. que comparece en su nombre.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 de su Anexo II cuyo valor estimado sea superior a los 207.000 euros. En el presente caso se trata de un contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado, según los pliegos, de 2.968.717,63 euros.

**TERCERO:** El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

**CUARTO:** El poder adjudicador y EULEN estiman que el recurso no puede ser admitido por haberse interpuesto fuera del plazo establecido.

El artículo 44.2 TRLCSP establece, cuando el acto recurrido sea la adjudicación, un plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP. Según consta en el expediente, la notificación de la Resolución de adjudicación fue remitida el día 18 de diciembre de 2014 y el recurso fue interpuesto el 13 de enero de 2015, superado ampliamente el citado plazo. Sin embargo, analizada la notificación practicada, se observa que infringe el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma aplicable al procedimiento de recurso especial (artículo 46.1 TRLCSP), que establece que toda notificación deberá contener «el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.»



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

Asimismo, el poder adjudicador señala que el recurso no debe admitirse por haberse omitido el anuncio previo al que se refiere el artículo 44.1 TRLCSP. Esta omisión no puede considerarse relevante porque su finalidad es que el órgano de contratación esté enterado de la interposición del recurso, la cual se consigue también cuando el OARC / KEAO le solicita el expediente.

Por ello, corresponde admitir el recurso y valorar su pretensión.

**QUINTO:** El Patronato Municipal de Salud y Bienestar Social de Hernani” tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

**SEXTO:** Los motivos impugnatorios aducidos por el recurrente son, en síntesis, los siguientes:

- a) La Administración ha omitido la valoración de varias mejoras concretas propuestas por el recurrente.
- b) El criterio de adjudicación relativo a las mejoras podría estar incurso en causa de nulidad radical por conceder a la Administración una libertad incondicionada para aplicarlo, vulnerando los artículos 1, 139, 147 y 150 del TRLCSP.
- c) Consecuentemente, se solicita la anulación del acto impugnado y la práctica de una nueva valoración que incluya las mejoras presentadas por la recurrente



o, subsidiariamente, la nulidad del criterio de adjudicación “Mejoras” y la de toda la licitación.

**SÉPTIMO:** Por su parte, la empresa EULEN alega que el órgano de contratación ha aplicado correctamente los pliegos y respetado en todo momento los principios generales del TRLCSP y que las mejoras que se van a valorar están suficientemente descritas; asimismo, la valoración efectuada está amparada por la discrecionalidad técnica.

**OCTAVO:** El poder adjudicador no formula motivos de oposición al recurso distintos de los motivos de inadmisión señalados en el fundamento jurídico cuarto.

**NOVENO:** 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. La estipulación analizada –11.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP– establece lo siguiente:

«3.- Mejoras en calidad y propuestas técnicas (5 puntos)

Que sean en beneficio del servicio a prestar y sea un beneficio económico real para el Patronato.»

Que se valoren únicamente las mejoras que sean en beneficio del servicio a prestar y que sean un beneficio económico real para el Patronato son requisitos redundantes. La primera condición está implícita en el mismo concepto de mejora y es común a cualquier criterio de adjudicación. La segunda, cláusula muy habitual en muchas licitaciones, no añade tampoco información adicional significativa, ya que el aportar ventaja de contenido económico al poder adjudicador es algo común a prácticamente cualquier criterio de valoración. Por



ello, no hay precisión sobre las mejoras que se quieren aceptar, lo que posibilita, por una parte, que el órgano de contratación pueda valorar o no cualquier mejora ofertada sobre cualquier elemento del contrato, y de otra, que el licitador no sepa exactamente qué factores son relevantes para el órgano de contratación al objeto de centrar su oferta.

Al faltar las precisiones solicitadas 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, pues la elección y valoración de las mejoras queda al libre arbitrio del órgano de contratación. Dicho de otro modo, la infracción se deriva directamente de la configuración del Pliego, que atribuye a la Administración una libertad incondicionada para aplicarlo, y no de la aplicación concreta que de él se pueda hacer por el órgano de contratación.

**DÉCIMO:** Señalada la ilegalidad del criterio, debe ahora analizarse si el recurrente debe respetar su contenido porque los Pliegos no fueron recurridos en el momento procesal oportuno.

Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición en tiempo y forma del correspondiente recurso.

Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que, en principio, convalidaría su invalidez y obligaría al poder adjudicador y a los licitadores 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 (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013). Además, la posibilidad de arbitrariedad se extendería a todo el procedimiento si se permitiera que las estipulaciones inválidas ganaran firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurrida en su momento. Téngase en cuenta que la mera anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que se dicte una nueva adjudicación acorde con las reglas fijadas por el criterio de valoración sería inútil, porque tales reglas no existen y cualquier nueva adjudicación sería igualmente arbitraria al basarse en un criterio que no sujeta en nada la libertad de la Administración para otorgar el contrato. Por ello, este Órgano debe declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula 11.3 del PCAP.

**UNDÉCIMO:** La declaración de nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este 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 la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración lo expuesto en esta Resolución.

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 del a



Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

### **III.- RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CLECE, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de Centro de día del Patronato Municipal de Salud y Bienestar Social de Hernani”, declarando la nulidad del apartado 11.3 del PCAP y cancelando la licitación.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

**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 otsailaren 25a**

Vitoria-Gasteiz, 25 de febrero de 2015