



EB 2014/153

Resolución 6/2015, de 23 de enero 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 (OARC/KEAO), que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ / LAGUNDUZ2, S.L./ FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Orduña”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de noviembre de 2014, la UTE ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ / LAGUNDUZ2, S.L. / FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD interpuso en el Ayuntamiento de Orduña un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Orduña”.

El recurso especial, 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 4 de diciembre de 2014.

SEGUNDO: El 17 de diciembre de 2014 se solicitaron alegaciones a los interesados. Dentro del plazo otorgado, se han recibido las de la empresa URGATZI S.L.



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 R.M. A.A. 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 superior a los 207.000 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.» El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación de 30 de octubre de 2014, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Orduña.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: El Ayuntamiento de Orduña 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:

1) referidos a la valoración del criterio “Mejoras”:

a) El informe técnico correspondiente no hace referencia que las tres limpiezas anuales ofertadas comprenden un mayor número de horas de limpieza que las



ofrecidas por los otros licitadores y tampoco se valora el detalle de la manera de llevarlas a cabo aportado por el recurrente.

b) Por lo que se refiere a la gestión de residuos y transporte, no se tiene en cuenta que el número de acciones propuestas es ampliamente superior al ofertado por el otro licitador y que se ha detallado la acción, incluyendo una aportación adicional de trabajo, equipos y maquinaria. A cargo de empresas especializadas.

c) Respecto al epígrafe “Otras mejoras”, el recurrente no incluyó ningún aspecto en él porque no figuraba en los Pliegos, por lo que las que se le han valorado han sido extraídas de otro epígrafe del criterio de adjudicación; dichas “mejoras” forman parte del quehacer normal de la empresa. Algunas ofertas de URGATZI suponen coste adicional, son competencia de la Administración y no se detallan; por el contrario, no se han valorado otras aportaciones de la oferta del recurrente. El recurso sostiene que este epígrafe no debió valorarse por no estar señalado en los Pliegos, y que debieron valorarse únicamente los tres epígrafes expresamente mencionados en dichos Pliegos.

2) En el informe de valoración no aparece la firma de la técnico municipal, lo que es relevante porque el informe lo suscribe únicamente personal político o un auxiliar administrativo que no aparece en el listado de miembros de la Mesa de Contratación.

3) El recurrente tuvo en cuenta en todo momento los costes reales del servicio y las obligaciones impuestas por la normativa laboral vigente; según los cálculos del recurrente, los gastos de personal ascienden al 87,70% del volumen de facturación previsto en los Pliegos, quedando el resto para afrontar los demás gastos, el de las mejoras y el beneficio industrial, lo que hace que el coste del contrato para la oferta de URGATZI sea superior a los ingresos previstos, lo que la convierte en inviable a nivel económico, técnico y organizativo.



4) Finalmente, solicita que el OARC /KEAO considere nulo el apartado “Otras mejoras”, a diferencia de las demás mejoras contempladas en los Pliegos, ordenando una nueva valoración.

SÉPTIMO: Por su parte, la empresa URGATZI alega lo siguiente:

1) No es cierto que el Pliego prevea la distribución de las mejoras en tres únicos apartados; de otro modo, podrían quedar sin valorar aspectos muy importantes de las mejoras aportadas.

2) Las discrepancias con la valoración técnica pretenden sustituir el juicio de las Administración, amparado por la discrecionalidad técnica que le corresponde, por el del recurrente mediante la emisión de meras opiniones y discrepancias.

3) Se discrepa en las apreciaciones del recurso sobre las limpiezas, la gestión de residuos y las “otras mejoras”.

4) La recurrente reconoce que la oferta económica de URGATZI no incurre en baja desproporcionada o anormal, lo que implica la desestimación de sus alegaciones al respecto.

5) Finalmente, solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

1) El criterio “Mejoras” es correcto por ser objetivo, relacionado con el objeto del contrato, aplicable a todas las ofertas y supone ventajas económicas que redunden en beneficio del poder adjudicador.



2) Del uso del término “tales” se deduce que no había un “númerus clausus” de mejoras que se podían ofertar, siendo posible, en uso de la discrecionalidad técnica, introducir elementos no definidos en los pliegos si ello es necesario para una mejor valoración de las ofertas.

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 c) del PCAP) es la siguiente:

«Mejoras hasta 20 puntos.

MEJORAS DEL SERVICIO: HASTA 20 PUNTOS

Solo se valorarán aquellas mejoras que no supongan coste adicional para el Ayuntamiento de Orduña y que sean consideradas de interés para la prestación del servicio objeto de licitación:

Otras actuaciones que complementen el servicio, tales como limpiezas previas a la puesta en marcha del servicio; limpiezas de choque; desinfección, gestión de residuos y transporte, aportación de medios que mejoren la calidad del usuario y favorezcan las condiciones de trabajo de las personas que prestan el servicio (grúas, camas articuladas, sillas de ruedas): hasta 20 puntos.»

En primer lugar, que se valoren únicamente las mejoras que se consideren interesantes para la prestación y que no supongan coste adicional es redundante. 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 aporta tampoco ninguna información adicional, ya que el coste de las mejoras está incluido, como el de los demás aspectos de la prestación, en el precio global del contrato. Respecto a la especificación de que las mejoras deben complementar el servicio, es



igualmente superflua, pues es tanto como decir que se deben referir al objeto del contrato, constituido precisamente por dicho servicio, lo que es un requisito mínimo de cualquier criterio de adjudicación. Por otro lado, como reconoce el mismo poder adjudicador en su informe y se deduce de la aplicación que ha dado del criterio, la mención de las posibles mejoras concretas es a título de ejemplo (“...tales como...”) y no cierra el número y características de las que pueden aportarse, que es justamente lo contrario de la precisión que pide el artículo 147.2 TRLCSP. Todo ello 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 cláusulas 11 c) 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.

La declaración de nulidad de toda la licitación y la previsible tramitación de una nueva con el mismo objeto hacen superfluo el análisis del resto de los motivos de impugnación, cuya aceptación sólo podría llevar, en todo caso, a la retroacción de actuaciones.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ / LAGUNDUZ2, S.L./ FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Orduña” y declarar la nulidad de la estipulación 11 c) del PCAP y la de toda 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, 2015 urtarrilaren 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de enero de 2015