



EB 2014/152

Resolución 4/2015, de 19 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, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CLECE, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Eibar.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de diciembre de 2014, la empresa CLECE, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Eibar.

Trasladado el recurso al Ayuntamiento de Eibar, 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) se recibieron en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (OARC / KEAO) el día 10 de diciembre de 2014.

SEGUNDO: Solicitadas el 16 de diciembre de 2014 alegaciones a los interesados, no se ha recibido ninguna.

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 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.»

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

QUINTO: El Ayuntamiento de Eibar 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) El informe técnico que sustenta la evaluación ha aplicado criterios arbitrarios y discriminatorios entre los licitadores, pues ha introducido nuevos criterios de valoración no contenidos en los Pliegos que rigen la licitación; en concreto, en el apartado correspondiente a las propuestas de mejora se introducen cinco subcriterios no contemplados en los Pliegos, lo que vulnera el artículo 150 TRLCSP y los principios de transparencia e igualdad de trato.

b) La citada valoración técnica contiene claras omisiones, pues propuestas concretas de la oferta del recurrente no han sido tenidas en cuenta como mejoras (adscripción al servicio de personal no exigido en el Pliego de



Condiciones Técnicas, PCT, limpieza general de la vivienda, prestaciones complementarias, dotación de móviles, sistema informático GSAD, atención telefónica de incidencias, informes con frecuencia semanal o mensual, sistemas de calidad y evaluación y sistema de control de presencias), lo que es un claro error material.

c) El criterio de adjudicación “Propuestas de mejora a lo establecido en el pliego técnico en la prestación de servicio a los usuarios: 30 puntos” (cláusula 15ª B del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) no cumple los requisitos del artículo 147 TRLCSP por no precisar los elementos que pueden considerarse mejoras, dejar en manos de la Administración la definición de dichas mejoras y no precisar cuáles son los criterios de reparto de los 30 puntos máximos posibles; de acuerdo con la doctrina del OARC / KEAO, ello implica la nulidad del criterio y la de toda la licitación.

d) Finalmente, se solicita la nulidad de la cláusula 15ª B del PCAP y de toda la licitación y, subsidiariamente, anular el acto impugnado y que se ordene la retroacción de actuaciones.

SÉPTIMO: Por su parte, el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) No cualquier mejora puede ser valorada, sino únicamente las que redunden en la prestación del servicio a los usuarios, elemento preciso y suficiente para orientar a los licitadores en la presentación de las ofertas; así, no pueden valorarse como mejoras cuestiones como los recursos técnicos, medios y sistemas informáticos porque no tienen una repercusión directa en la mejora de la atención al usuario, sino con la capacidad de gestión de la empresa, o las ayudas técnicas del artículo 22 de la Ley 12/2008, de Servicios Sociales, que ya están incluidas en el catálogo del sistema de servicios sociales, ni los equipos de apoyo y de colaboradores, que no representan una mejora directa en la atención de los usuarios del servicio. Se han valorado las propuestas de



mejora en un formato de esquema por bloques que facilitara su comprensión y comparación, pero no se han introducido subcriterios. Se han valorado todas las mejoras propuestas, siempre que supongan una mejora en la prestación del servicio a los usuarios.

b) Se considera que la motivación de la valoración es suficiente, y contiene datos suficientes como para justificar la puntuación del recurrente, en especial en relación con el adjudicatario.

OCTAVO: La pretensión preferente del recurso es obtener la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula 15ª B del PCAP y, consecuentemente, la de toda la licitación. Dicha pretensión se basa, en síntesis, en la indefinición de dicha cláusula, contradictoria con el artículo 147.2 TRLCSP. Dado que la aceptación de esta pretensión convertiría en superfluo el análisis de otras alegaciones contenidas en el recurso, cuya estimación supondría como mucho la retroacción de actuaciones para realizar una nueva valoración, debe analizarse en primer lugar.

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. En primer lugar, dicha posibilidad se supedita a que esté expresamente prevista en el PCAP. En el caso analizado la cláusula 15ª B permite la presentación de propuestas de mejora y la incluye dentro de los criterios de adjudicación, mientras que la cláusula 16, inmediatamente posterior, establece que “los licitadores no podrán proponer variantes o mejoras al proyecto”. Esta flagrante contradicción produce una falta de claridad en el clausulado que impide que pueda darse por cumplido el requisito de una autorización expresa exigido por el artículo 147.1 TRLCSP, además de suponer una actuación contraria a los principios de transparencia e igualdad (artículo 1 TRLCSP), al impedir una comprensión unívoca de un factor decisivo para la adjudicación del contrato y facilitar a la Administración una interpretación arbitraria de los



pliegos, ya que el órgano de contratación puede decantarse tanto a favor como en contra de la admisibilidad de las mejoras.

Por otro lado, el artículo 147.2 establece que, si se autoriza su presentación, debe precisarse sobre qué elementos puede versar las mejoras. La brevísima literalidad de la estipulación analizada (“Propuestas de mejora a lo establecido en el pliego técnico en la prestación del servicio a sus usuarios”) no contiene ninguna precisión acerca de los concretos elementos sobre los que pueden ofertarse las mejoras. En este sentido, la argumentación del informe del poder adjudicador no es aceptable: la fórmula escogida no especifica nada, porque el objeto contractual es precisamente la prestación de un servicio a terceros, por lo que las mejoras pueden referirse a cualquier aspecto del contrato. Nótese que la concreción de que las mejoras deben tener una “repercusión directa” sobre el usuario, que alega el informe del Ayuntamiento, no se deduce de los Pliegos, que no establecen dicha especificación. Por otro lado, incluso la citada repercusión directa estaría lejos de constituir una precisión suficientemente clara. Todo ello posibilita, por una parte, que el órgano de contratación pueda valorar (o no valorar) 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 (e incluso su propia admisibilidad) 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.

NOVENO: Señalada la ilegalidad del criterio de adjudicación de “Propuestas de mejora a lo establecido en el pliego técnico en la prestación de servicio a los



usuarios”, 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. Por ello, este Órgano debe declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula 15B del PCAP.

DÉCIMO: 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.

Como se ha dicho anteriormente, 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko 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 la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Eibar, declarando la nulidad de la cláusula 15 B 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 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de enero de 2015