

DOCTRINA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

LCSP

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI
2018-2019



Kontratuen inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoa
Órgano Administrativo
de Recursos Contractuales

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Vitoria-Gasteiz, 2020

Un registro bibliografico de esta obra puede consultarse en el
catálogo de la red *Bibliotekak* del Gobierno Vasco
<http://www.bibliotekak.euskadi.net/WebOpac>

ÍNDICE

1. REQUISITOS DEL RECURSO	13
1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	13
1.1.1. Carece de ella la asociación que actúa fuera del ámbito geográfico señalado en sus estatutos	13
1.1.2. Carece de ella una asociación cuando el acto impugnado no perjudica sus intereses según sus estatutos.....	14
1.1.3. Del licitador excluido no firme.....	15
1.1.4. De sindicato para impugnar la omisión de los costes de subrogación y falta de publicación en el DOUE.....	17
1.1.5. La tiene un sindicato para impugnar la externalización de un servicio por considerar que incumple los acuerdos de negociación colectiva.....	18
1.1.6. Carece de ella el sindicato que únicamente impugna la división en lotes.....	19
1.1.7. No la tiene el sindicato que impugna el criterio de adjudicación "Proyecto técnico"	20
1.1.8. Carece de ella el trabajador temporal que alega que no le beneficia la externalización del servicio.....	20
1.1.9. Carece de ella quien no discute la posición del adjudicatario ni aspira a ella	21
1.1.10. La tiene el licitador que recurre todas las ofertas que le anteceden en el orden de clasificación	21
1.1.11. Carece de ella el licitador que impugna la adjudicación pero no su exclusión	22
1.1.12. Carece de ella quien no participa en el procedimiento de adjudicación por carecer de los requisitos subjetivos e impugna la adjudicación.....	23
1.1.13. La tiene quien impugna un procedimiento negociado sin publicidad	24
1.1.14. La tiene el operador económico que impugna una cláusula que le impide ser subcontratista del adjudicatario	24
1.2. PLAZO, FORMA Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN.....	25
1.2.1. Plazo si comunicación verbal de la exclusión.....	25
1.2.2. Plazo si presentación en correos y comunicación simultánea al OARC	26
1.2.3. Plazo si se notifica uno distinto al establecido en la LCSP	27
1.2.4. Plazo si incumplimiento de la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP	27
1.2.5. La notificación ha de efectuarse conforme a la LCSP y los pliegos no pueden disponer válidamente de ello.....	28
1.2.6. Notificación defectuosa.....	29
1.2.7. Preclusividad del plazo respecto de unas cláusulas que pudieron impugnarse en el recurso contra unos pliegos anteriores con el mismo objeto.....	29
1.2.8. Plazo si la notificación del acto se efectúa únicamente en euskera sin que lo solicite el interesado	31
1.2.9. Plazo de interposición cuando la adjudicación no se ha publicado el mismo día en que se remitió el aviso de notificación en el perfil	32
1.2.10. Calendario de días inhábiles si presentación electrónica del recurso ante OARC	33
1.2.11. Inicio del cómputo del plazo si publicación en el DOUE.....	34

Edición:	1ª, agosto 2020
Tirada:	XX ejemplares
©	Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi Departamento de Hacienda y Economía
Internet:	www.euskadi.net
Edita:	Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco Donostia-San Sebastián 1, 01010 Vitoria-Gasteiz
Diseño:	ekipoPO
Impresión:	Servicio de Imprenta y Reprografía del Gobierno Vasco C/ Donostia-San Sebastián 1, Vitoria-Gasteiz 01010
Depósito Legal:	XXXXXXXXXX

1.2.12. No se puede exigir del adjudicatario una impugnación preventiva de las ofertas admitidas so pena de preclusión del plazo	35
1.2.13. Si lugar de presentación diferente al del registro del OARC	36
1.3. ACTOS RECURRIBLES	36
1.3.1. No es acto recurrible el informe de valoración	36
1.3.2. No cabe recurso especial contra una resolución del OARC.....	37
1.3.3. No es acto recurrible la ejecución de una resolución del OARC.....	37
1.3.4. No es acto recurrible el requerimiento de la Mesa de contratación de aclaración de la oferta ...	38
1.3.5. No es acto recurrible el requerimiento de subsanación.....	38
1.3.6. No es acto recurrible la declaración de oferta más ventajosa	39
1.3.7. No es acto recurrible la solicitud de modificar un contrato	39
1.3.8. No es acto recurrible el acuerdo de iniciar la resolución de un contrato	40
1.3.9. No es acto recurrible la propuesta de adjudicación de un contrato.....	40
1.3.10. No es acto recurrible la comunicación para el abono de una penalización.....	41
1.3.11. Es impugnabile la decisión de no formalizar el contrato	42
1.3.12. Es impugnabile la decisión de desistir del contrato.....	43
1.3.13. Es impugnabile el nombramiento de los miembros del comité de expertos.....	44
1.3.14. Es impugnabile la decisión de contratar.....	44
1.4. CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL	45
1.4.1. Contrato mixto	45
1.4.2. Contrato patrimonial	45
1.5. PODERES ADJUDICADORES SUJETOS A LA COMPETENCIA DEL OARC.....	46
1.5.1. Junta de Concertación de Zorrotzaurre	46
1.5.2. BIZKAIKOA no está sujeta al OARC	47
1.5.3. El Instituto Foral de Bienestar Social no está sujeto al OARC	47
1.6. OTRAS CUESTIONES PROCESALES	48
1.6.1. La página web del poder adjudicador no cumple los requisitos exigidos al perfil ni se halla integrado en una plataforma de contratación	48
1.6.2. La caducidad no es aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato	49
1.6.3. Desistimiento de la solicitud de medidas provisionales de forma previa a la interposición del recurso especial.....	50
1.6.4. Tramitación del recurso conforme a su verdadera naturaleza	51
1.6.5. Requisitos para que un escrito sea considerado un recurso.....	51
1.6.6. Incumplimiento de la obligación de no adoptar decisiones mientras el procedimiento esté suspendido con ocasión de un recurso especial	52
1.6.7. “Adhesión al recurso”.....	53
1.6.8. “Alegaciones complementarias” que tienen la naturaleza de un nuevo recurso	53
1.6.9. Personas jurídicas. Representación y acuerdo del órgano competente sobre la interposición del recurso.....	53

1.6.10. Sobre el acceso al expediente.....	55
2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	58
2.1. IGUALDAD DE TRATO	58
2.2. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA	61
2.3. LIBERTAD DE ACCESO	63
2.6. OTROS	64
2.6.1. Libertad de pactos	64
2.6.2. Proporcionalidad.....	64
3. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN	65
3.1. OPERADORES ECONÓMICOS	65
3.1.1. Centros especiales de empleo	65
3.2. PROHIBICIONES DE CONTRATAR.....	72
3.2.1. Momento en el que debe producirse la situación de ausencia de prohibiciones de contratar	72
3.4. SOLVENCIA.....	72
3.4.1. No discriminación	72
3.4.2. Titulaciones académicas	76
3.4.3. Trabajos similares.....	77
3.4.4. Documento europeo único de contratación	78
3.4.5. Visita previa a las instalaciones.....	81
3.4.6. Exigencia de presentación de una maqueta a todos los licitadores.....	81
3.4.7. Proporcionalidad de los requisitos exigidos.....	82
3.4.8. Concepto de “destinatario” de los trabajos anteriores	82
3.4.9. Los conflictos de intereses que impiden la correcta ejecución del contrato suponen falta de solvencia.....	83
3.5. HABILITACIÓN PROFESIONAL	84
3.5.1. Momento en el que debe apreciarse su concurrencia.....	84
4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN.....	85
4.1. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN	85
4.1.1. Concurso de proyectos.....	85
4.1.2. Acuerdo Marco	87
4.1.3. Procedimiento negociado	90
4.3. MESA DE CONTRATACIÓN.....	92
4.3.1. Requisitos de la válida constitución de la Mesa	92
4.3.2. La Mesa en los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.....	92
4.4. COMITÉ DE EXPERTOS.....	93

4.4.1. Composición del Comité de expertos	93	5.5.8. Discrecionalidad para la fijación de las prescripciones técnicas y mención “o equivalente”	135
4.4.2. Supuestos en los que debe intervenir	94	5.5.9. Arraigo territorial	137
5. PLIEGOS DEL CONTRATO	95	5.6. VARIANTES Y MEJORAS	138
5.1. CUESTIONES GENERALES	95	5.6.1. Mejoras: concepto	138
5.1.1. Correcta definición del objeto	95	5.7. OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES	139
5.1.2. División en lotes.....	99	5.7.1. Obligación legal	139
5.1.3. Requisitos de las modificaciones previstas	101	5.7.2. Contenido mínimo de la información que debe facilitarse	141
5.1.4. Documentos incluidos en el concepto de “pliegos”	102	5.7.3. No hay obligación de que el nuevo contrato permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda mantener en él las mismas condiciones.....	143
5.1.5. Vigencia y plazo de ejecución	104	5.8. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN.....	143
5.1.6. Rectificaciones de los pliegos.....	105	5.8.1. Condición de ejecución medioambiental	143
5.1.7. Motivación de distintos aspectos del expediente.....	108	6. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PROPOSICIONES.....	146
5.1.8. Régimen jurídico de los contratos mixtos	109	6.1. DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA.....	146
5.1.9. Cuestiones que deben figurar en cada pliego	110	6.1.1. Libertad de configuración de la oferta	146
5.3. PRECIO, PRESUPUESTO Y VALOR ESTIMADO	111	6.1.3. Requisitos de extensión y forma de la oferta.....	146
5.3.1. Precio del contrato y adecuación al mercado.....	111	6.2. PLAZO DE PRESENTACIÓN	147
5.3.2. Concepto y función del valor estimado.....	114	6.2.1. Inferior al establecido en la norma.....	147
5.3.3. Coste de amortización establecido en el presupuesto	115	6.2.2. Proposición presentada fuera de plazo por supuesto mal funcionamiento de la Plataforma	148
5.4. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	115	6.3. SECRETO DE LA OFERTA Y VALORACIÓN SEPARADA	149
5.4.1. Vinculación al objeto.....	115	6.3.1. Doctrina general	149
5.4.2. Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria	116	6.3.2. Finalidad de la apertura separada de sobres	150
5.4.3. Criterios sujetos a fórmulas	117	6.3.3. Vulneración material del secreto	150
5.4.4. El precio como criterio de adjudicación	118	6.4. OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS	151
5.4.5. Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva ..	121	6.4.1. Doctrina general	151
5.4.6. Criterios de adjudicación en los servicios del Anexo IV y prestaciones de carácter intelectual	121	6.4.2. Apreciación de anormalidad basada en un error de hecho.....	152
5.4.7. No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración	123	6.4.3. Requerimiento al licitador sospechoso de anormalidad	153
5.4.8. Su función es comparar entre ofertas.....	125	6.4.4. No cabe defender la viabilidad de la oferta sospechosa con base en supuestos diferentes de los de dicha oferta	153
5.4.9. Criterio de adjudicación restrictivo de la competencia.....	125	6.5. SUBSANACIÓN Y ACLARACIONES.....	154
5.4.10. Criterios de adjudicación con umbrales eliminitorios.....	126	6.5.1. Aclaración de las ofertas	154
5.4.11. Valoración de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato	126	6.5.2. No cabe subsanar las carencias probatorias de los documentos	157
5.5. PRESCRIPCIONES TÉCNICAS	128	6.5.3. Plazo adicional para aportar un documento cuyo contenido ya conoce el poder adjudicador ..	157
5.5.1. Barreras de entrada a la competencia.....	128	6.5.4. Reelaboración de la oferta.....	157
5.5.2. Función de las prescripciones técnicas	130	6.5.5. Plazo adicional para aportar un documento	159
5.5.3. Facultad de decidir arbitrariamente sobre la equivalencia de las ofertas a los requerimientos técnicos mínimos	131	6.5.6. Subsanación y aclaraciones fuera del procedimiento	159
5.5.4. Uso de términos no técnicos para describir las prescripciones.....	132	7. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.....	160
5.5.5. Diferencia con los criterios de adjudicación.....	132		
5.5.7. Profesiones tituladas (ingeniería y arquitectura)	133		

7.1. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO	160
7.1.1. No es preciso aportar una justificación expresa del cumplimiento de todas las prescripciones de los pliegos.....	160
7.1.2. Claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión.....	160
8. ADJUDICACIÓN	162
8.1. MOTIVACIÓN Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.....	162
8.1.1. Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica	162
8.1.2. Libertad formal de la motivación.....	163
8.1.3. Motivación de la aplicación de los criterios con umbrales eliminatorios.....	163
8.1.4. Motivación “in aliunde”.....	164
8.2. OTRAS FORMAS DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	164
8.2.1. Desistimiento: razones de legalidad	164
9. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO	166
9.1. CUMPLIMIENTO Y EFECTOS	166
9.1.1. Incidente de ejecución respecto de una resolución del OARC incumplida	166
9.1.2. Cancelación de la licitación pero posibilidad de utilizar los mismos pliegos en el nuevo procedimiento	166
9.1.3. El OARC no puede establecer “a priori” un contenido determinado de los pliegos	167
9.1.4. Efectos de la anulación de los pliegos por no justificar la división en lotes.....	167
9.1.5. Cancelación de la licitación pero no de los pliegos	168
9.1.6. Efectos de la resolución limitados por el principio de congruencia	169
9.1.7. Retroacción posible por ser afectar a criterios automáticos	169
9.1.8. Retroacción de actuaciones para emitir una motivación adecuada	170
9.1.9. Retroacción para motivar en forma	170
9.1.10. Efecto de la resolución: se obtiene la declaración de desierto, que mejora la posición del recurrente excluido	171
9.1.11. Aplicación moderada de la nulidad.....	171
9.2. OTRAS FORMAS DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSO	172
9.2.1. Efecto del informe del poder adjudicador que admite la pretensión.....	172
9.2.2. Procedimiento concluso por desistimiento del recurrente	173
9.2.3. Efectos de la no subsanación de la acreditación de la representación.....	174
9.3. TEMERIDAD O MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO	175
9.3.1. No procede	175
9.3.2. Procede	176
9.4. PÉRDIDA DEL OBJETO DEL RECURSO	178
9.4.1. Satisfacción extraprocesal de la pretensión	178
9.4.2. Desistimiento del procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador.....	178

9.4.3. La declaración de desierto deja sin objeto el procedimiento	178
10. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES	180
10.1. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES	180
10.1.1. Obligación de notificar la exclusión decretada por la mesa de contratación	180
10.1.2. Debe practicarse conforme a la DA 15ª de la LCSP	180
10.1.3. La publicación del informe de valoración no equivale a su notificación	181
11. OTRAS CUESTIONES	183
11.1.OTRAS CUESTIONES.....	183
11.1.1. Transitoriedad entre el TRLCSP y la LCSP	183
11.1.2. Inaplicación a una Junta de Concertación de la Ley de Sociedades de Capital	183
11.1.3. El pago de los servicios efectivamente prestados no supone subsanar los vicios de legalidad de la relación jurídica con el proveedor.....	184
11.1.4. Concepto de “empresa social”	184
11.1.5. Concepto de “Programas de empleo protegido”.....	186
11.1.6. Modificaciones previstas.....	186
11.1.7. Pago de una tasa como requisito de admisión de la oferta.....	188
11.1.8. La legislación vigente obliga al contratista por su propia fuerza vinculante	189
11.1.9. Externalización de servicios correcta	189
11.1.10.No se puede rebatir en recurso especial una autorización concedida por órgano competente	190
11.1.11.Carga de la prueba	190
11.1.12.Plazo de garantía.....	191
11.1.13.Contratación centralizada.....	191
11.1.14.Subcontratación.....	192
ANEXO: SENTENCIAS DEL TSJPV SOBRE RESOLUCIONES DEL OARC/KEAO	193

1. REQUISITOS DEL RECURSO

1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1.1.1. Carece de ella la asociación que actúa fuera del ámbito geográfico señalado en sus estatutos

Resolución 111/2018

ÚNICO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de D. O.H.G., que actúa en su nombre. Por lo que se refiere a la legitimación activa, el artículo 48 de la LCSP establece que podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Con base en la redacción del artículo 42 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), muy similar a la de este precepto, este OARC/KEAO ha admitido la legitimación activa de asociaciones sin intención de obtener la adjudicación del contrato, siempre y cuando el recurso buscara la satisfacción de un interés legítimo cuya defensa formara parte de las finalidades de la entidad, tal y como se describen en los correspondientes estatutos (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2014). Analizados los Estatutos de GUREAK, se observa que su artículo 2 le permite, para el cumplimiento de sus fines, “ejercitar toda clase de acciones conforme a las Leyes o a sus Estatutos”. Entre dichos fines figura el de la defensa de los derechos de los animales, luchando contra su sacrificio, abandono y maltrato, objetivo coincidente con las pretensiones del recurso. Sin embargo, los Estatutos especifican que los animales cuyos derechos se defienden son los de “la Zona Minera – Meatzaldea”. Esta denominación no se corresponde con una identidad legalmente diferenciada o delimitada (por ejemplo, como entidad local con personalidad jurídica propia o como circunscripción electoral en las elecciones a Juntas Generales). Como unidad histórica, geográfica, sociológica o cultural se considera compuesta por los municipios de Valle de Trápaga – Trapagaran, Ortuella, Abanto Zierbena, Zierbena y Muskiz, a los que a veces se añaden total o parcialmente otros, como Sopuerta, Galdames o Gúeñes. Sin embargo, es pacífica su distinción de los municipios ribereños de la ría del Nervión o Ibaizabal integrados en la Margen Izquierda, es decir, Barakaldo, Santurtzi, Sestao y, lo que es relevante para el

caso, Portugalete¹. Consecuentemente, la impugnación de un contrato cuyo ámbito incluye animales del municipio de Portugalete (cláusulas 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y 1 del Pliego de Condiciones Técnicas) es ajena a las finalidades estatutarias de GUREAK, por lo que debe concluirse su falta de legitimación activa para la interposición del recurso, lo que conlleva su inadmisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

1.1.2. Carece de ella una asociación cuando el acto impugnado no perjudica sus intereses según sus estatutos

Resolución 036/2019

En el caso de las Asociaciones representativas de intereses colectivos que no han tomado parte en el procedimiento de adjudicación, la existencia de los derechos o intereses legítimos que constituyen la base de la legitimación activa debe verificarse mediante el contraste de los fines de la Entidad contenidos en sus Estatutos con la pretensión ejercida para determinar si el éxito de esta última supondría la satisfacción de dichos fines. La recurrente solicita la anulación del acto impugnado y que se ordene la retroacción de de las actuaciones para que se acuerde la exclusión de INTEGRA y para que se requiera a GUREAK la documentación necesaria para proceder a la adjudicación del contrato en su favor. En síntesis, el argumento que fundamenta la petición es el incumplimiento por INTEGRA del requisito de ser un Centro Especial de Empleo (en adelante, CEE) de iniciativa social, dado que se niega que se satisfaga este último inciso. Por otro lado, el artículo 2 de los Estatutos de EHLABE establece que el fin primordial de esta Asociación es conseguir la plena integración laboral y social de las personas con discapacidad; además, es relevante señalar que el artículo 27 indica que Pueden ser miembros de la Asociación aquéllas entidades públicas o privadas que, con una clara vocación social, promuevan alternativas de empleo remunerado para personas con discapacidad (...). De todo ello se deduce que la estimación del recurso no satisfaría los fines sociales de la recurrente o, dicho de otro modo, que el acto impugnado no perjudica dichos intereses. Debe tenerse en cuenta que INTEGRA, con independencia de que cumpla o no el inciso mencionado, es un CEE (condición que además el recurso no le niega), así que no cabe dudar de que su objeto social es coincidente con el fin primordial de EHLABE delimitado en los Estatutos, por lo que la adjudicación a INTEGRA no puede considerarse como contraria a él. En este sentido, la 3/ 4 impugnación del acto con base en que INTEGRA no es, además de un

¹ Ver, por ejemplo, los siguientes enlaces:

[https://es.wikipedia.org/wiki/Zona_Minera_\(Vizcaya\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Zona_Minera_(Vizcaya))

http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/perfiles_salud/es_def/adjuntos/bizkaia/_ZONA%20MINERA%20%20Perfiles%20de%20salud.pdfA

Así como el artículo "Margen izquierda y zona minera (Bizkaia): un territorio metropolitano como escenario del cambio social", de José Ignacio Homobono, disponible en el siguiente enlace:

[http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_10_Antropologia_cultural_MARGEN%20IZQUIERDA%20Y%20ZONA%20MINERA%20\(BIZKAIA\)_%20UN%20TERRI.pdf?hash=1f3e2fcfe7bcc9434b5263a5ad44e26](http://www.bizkaia.eus/fitxategiak/04/ondarea/Kobie/PDF/5/Kobie_10_Antropologia_cultural_MARGEN%20IZQUIERDA%20Y%20ZONA%20MINERA%20(BIZKAIA)_%20UN%20TERRI.pdf?hash=1f3e2fcfe7bcc9434b5263a5ad44e26)

CEE, categoría que necesariamente conlleva la vocación social y la promoción del trabajo de las personas discapacitadas, de iniciativa social, no tiene otro interés que el de la restauración de la mera legalidad presuntamente infringida, título insuficiente para fundar la legitimación activa (ver, por ejemplo, las sentencias 60/1982 y 257/1988 del Tribunal Constitucional).

1.1.3. Del licitador excluido no firme

Resolución 117/2018

INTEGRA plantea la inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente que fue excluido de la licitación por la Resolución 56/2018 de este OARC/KEAO.

Esta cuestión ha sido analizada por este OARC/KEAO en su Resolución 137/2017 concluyendo que, siempre que la exclusión no haya adquirido firmeza, el licitador excluido goza de legitimación siempre que goce de interés en obtener el contrato, basándose en los argumentos y pronunciamientos de este Órgano que se exponen a continuación.

El concepto de interés legítimo ha sido tratado por este OARC/KEAO en diversas resoluciones (por todas la Resolución 082/2016), y puede resumirse en que «(...) el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, de forma que el "interés legítimo" no puede ser asimilado al del "interés en la legalidad", lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico lo permite.»

Sobre la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación, en la Resolución 082/2016 se decía que el recurrente «impugna la totalidad de las ofertas aceptadas en la licitación por no cumplir alguna o varias de las frecuencias previstas en el PCT. Por tanto, debe observarse que el recurrente sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real si se estimara el recurso en la totalidad de sus pretensiones, de modo que el poder adjudicador se vería obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la adjudicación del contrato.» En este mismo sentido, en la Resolución 97/2013 se afirmaba que «(...) el recurrente goza de un interés legítimo en cuanto que podría obtener un beneficio real, no hipotético, de la anulación de la adjudicación, como puede ser el que ésta sea declarada desierta y la posibilidad de que se vuelva a iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.»

De acuerdo con la doctrina expuesta, FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK estaría legitimada para interponer el recurso ya que su hipotética estimación implicaría la exclusión de INTEGRA, adjudicatario impugnado y única oferta que permanece en la licitación, de modo que siendo el objeto del contrato la prestación de un servicio continuado y habitualmente externalizado, el poder adjudicador se vería obligado a declarar desierto el contrato e iniciar un nuevo procedimiento, en el que FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK podría participar con

la expectativa de su posible adjudicación, obteniendo un beneficio tangible. Esta doctrina ha sido confirmada por la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013 (Asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448) que señala en su apartado 33 que «el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica. En efecto, en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada.» Consecuentemente, el TJUE establece que «la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que, si en el marco de un procedimiento de recurso el adjudicatario que obtuvo el contrato y que ha interpuesto un recurso incidental plantea una excepción de inadmisibilidad basada en la falta de legitimación del licitador que interpuso aquel recurso debido a que la oferta presentada por éste debería haber sido rechazada por la entidad adjudicadora por no ajustarse a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, la citada disposición se opone a que se declare la inadmisibilidad de dicho recurso como consecuencia del examen previo de esa excepción de inadmisibilidad sin pronunciarse acerca de si cumplen las especificaciones técnicas tanto la oferta del adjudicatario que obtuvo el contrato como la del licitador que interpuso el recurso principal.» Por ello, se puede afirmar que el interés legítimo del licitador que no ha sido excluido con carácter firme se basa en la expectativa de declarar desierto el contrato y en poder acceder al nuevo procedimiento de contratación con la posibilidad de obtenerlo. De esta forma, tendría una segunda oportunidad para competir y una posibilidad de obtenerlo a través de esta vía. En este sentido, el OARC/KEAO, en su Resolución 2/2017 ha venido a señalar que se acepta la legitimación para impugnar la adjudicación del licitador que haya sido previamente excluido del procedimiento cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible una nueva licitación a la que puede presentar una oferta, por considerar que esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.

Por otro lado, es relevante que la exclusión del recurrente del procedimiento de adjudicación no ha adquirido firmeza. Es cierto que el TJUE declaró en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, apartados 13 a 16, 31 y 36), que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido firmeza antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación. Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada (ver, en especial, los apartados 34 a 36 de la sentencia citada).

En el caso analizado consta que el recurrente ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 56/2018 de este OARC/KEAO y no consta que haya recaído pronunciamiento judicial alguno ni que el recurrente lo haya abandonado por cualquier circunstancia, por lo que el acuerdo de exclusión no ha ganado aún firmeza y el recurrente goza de legitimación para recurrir.

Resolución 220/2019

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.I.C.I.D.E., que actúa en su nombre. Téngase en cuenta que la doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 40/2019) reconoce legitimación al licitador excluido mientras esta decisión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa concurren los dos requisitos: en lo que respecta al primero, la decisión de exclusión no es firme porque la Resolución 219/2019 por la que se desestima el recurso presentado por la recurrente contra su exclusión puede ser aún recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en lo que respecta al segundo, la estimación de la pretensión del recurso significaría la exclusión de la única oferta que permanece en el procedimiento y la consiguiente declaración como desierta de la licitación, lo cual podría suponer la apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación en el que tomar parte, constituyendo esta posibilidad de volver a licitar una mejora clara respecto a su situación de excluido y constituyendo el interés tangible que caracteriza a la legitimación

1.1.4. De sindicato para impugnar la omisión de los costes de subrogación y falta de publicación en el DOUE

Resolución 128/2018

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de D.I.S.A., que actúa en nombre del recurrente. Por lo que a la legitimación se refiere, debe recordarse el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 448/2015, de 26 de octubre de 2015, **ECLI: ES:TSJPV:2015:3449**, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC/KEAO. En él se establece que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses laborales y económicos de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible.

En el caso analizado, el recurrente pretende, en síntesis, que se revoque el pliego impugnado, ordenando la publicación de un nuevo pliego que incluya correctamente los extremos señalados en el recurso, fijando también las cantidades presupuestadas de modo que se garantice la

ejecución del servicio sin que ello suponga un menoscabo en las condiciones laborales de los trabajadores. En el escrito de recurso se alegan dos motivos para fundar la pretensión:

- a) la nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación por haberse omitido la preceptiva publicidad de la convocatoria de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y,
- b) la omisión en los cálculos de los costes directos del contrato de los correspondientes a un trabajador con derecho a la subrogación, lo que implicaría falta de medios para la correcta ejecución de la prestación y la nulidad de pleno derecho de los pliegos en virtud del artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (actos de contenido imposible).

A juicio de este OARC/KEAO, no cabe duda de que el motivo resumido en la letra b) anterior es una materia vinculada con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados o representados. Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación del sindicato ELA para la interposición del recurso. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el motivo de la letra a) anterior; como el propio recurso indica, la falta de un anuncio preceptivo de la licitación es, sobre todo, una infracción de los principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y libre acceso (artículo 1 de la LCSP), pues impide que todos los operadores económicos potencialmente interesados en obtener la adjudicación del contrato puedan conocer la licitación y sus condiciones para presentar una oferta adecuadamente elaborada. Dado que el recurrente no es, a estos efectos, un operador económico y no está interesado en que se le adjudique el contrato, no consta ni se acredita qué aportaría a la satisfacción de los intereses cuya defensa ELA tiene atribuidos la estimación de este motivo de recurso, más allá del mero interés en el cumplimiento de la legalidad, insuficiente, como ya se ha señalado, para basar la legitimación activa que exige el artículo 48 de la LCSP para la interposición del recurso especial.

1.1.5. La tiene un sindicato para impugnar la externalización de un servicio por considerar que incumple los acuerdos de negociación colectiva

Resolución 87/2019

Por lo que se refiere a la legitimación activa, es aplicable la doctrina asentada por este Órgano en sus Resoluciones 24, 29 y 45/2017, confirmadas por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2018, número 230/2018 (en adelante, “sentencia 230/2018”) y referidas a recursos en los que los motivos impugnatorios aducidos eran muy similares a los expuestos ahora; en ellas se admitió la legitimación sindical con los siguientes argumentos:

—la recurrente basa su legitimación para la interposición del recurso en su interés en el cumplimiento de los acuerdos que se derivan de la negociación colectiva cuyo contenido se opone al de los pliegos impugnados y, en general, en la defensa de los intereses de los trabajadores, perjudicados por la externalización que el contrato impugnado supone.

—en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia 448/2015 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC/KEAO, se señala que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses laborales y económicos de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible.

En el supuesto ahora analizado, LAB pretende, en resumen y sin perjuicio del detalle que luego se expondrá, que se anulen los pliegos por no respetar los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan o impiden el recurso a la externalización de servicios; no cabe duda de que asegurar el carácter vinculante de la negociación colectiva es un interés legítimo conectado claramente con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados.

1.1.6. Carece de ella el sindicato que únicamente impugna la división en lotes

Resolución 005/2019

(...) los criterios empleados por el poder adjudicador para configurar los lotes del contrato pueden afectar a los operadores económicos interesados en la licitación, que verían restringido su acceso al procedimiento o disminuidas sus posibilidades de resultar adjudicatarios según se haya optado por una u otra forma de división, pero no se alcanza a ver qué relación tienen con los intereses que el recurrente defiende. De hecho, los argumentos utilizados en el recurso se refieren a aspectos como la contradicción con contratos anteriores para el mismo servicio o el perjuicio que supone para las empresas y para la gestión eficiente del servicio la falta de rentabilidad de las adjudicaciones separadas, cuestiones ajenas a los intereses de ESK. El único engarce de esta impugnación con los intereses de los trabajadores que se alega es la manifestación de que el diseño de la prestación “no sólo tiene impacto en la cuenta final de las empresas, sino que directamente afecta a las condiciones de la plantilla”, pues “si una empresa no obtiene resultados económicos positivos, la plantilla se va a ver afectada”. En este sentido, el artículo 48 de la LCSP otorga legitimación a las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse que implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación; dicha legitimación depende de que la relación ente el acto impugnado y el incumplimiento sea deducible “fundadamente”. Sin embargo, la conexión en la que se basa el recurso es genérica, remota y meramente hipotética, y darla por buena sería tanto como entender que el artículo 48 de la LCSP habilita a los sindicatos para recurrir cualquier cláusula contractual que, a su juicio, limite la rentabilidad de los contratos, lo que es manifiestamente absurdo. Téngase

en cuenta que el resultado económico final de un contrato está sujeto a múltiples vicisitudes, muchas de las cuales ni siquiera dependen de su clausulado o configuración (la eficiencia de la estructura de la empresa, la evolución de los precios cobrados por los proveedores, etc.) y que, en todo caso, el contratista debe asumirlo en virtud del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), sin que sea misión de la Administración garantizarle un beneficio mínimo o la inexistencia de pérdidas (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2015 del OARC/KEAO).

1.1.7. No la tiene el sindicato que impugna el criterio de adjudicación “Proyecto técnico”

Resolución 173/2019

(...) la conexión con los intereses sindicales que alega el recurso es, en el mejor de los casos, genérica, remota y meramente especulativa, y darla por buena para fundar la legitimación activa de CC.OO. sería tanto como entender que el citado precepto habilita a los sindicatos para recurrir cualquier cláusula contractual que, a su juicio, impida asegurar un cierto nivel de calidad, el cual se garantizaría en este caso mediante una ponderación distinta del criterio recurrido, lo que es claramente una extensión indebida de la legitimación que la LCSP les reconoce para la interposición del recurso especial. Téngase en cuenta además que tampoco se justifica qué relación “fundada” hay entre dicha ponderación distinta y el número de trabajadores que ejecutan la prestación, su jornada o sus condiciones de trabajo, ni se cita ninguna norma o convenio colectivo infringido o que pudiera infringirse. Por todo ello, el recurso debe inadmitirse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP

1.1.8. Carece de ella el trabajador temporal que alega que no le beneficia la externalización del servicio

Resolución 023/2019

Como viene señalando este OARC/KEAO (ver, por todas, la Resolución 45/2017, referida a un caso similar al que ahora se analiza), la legitimación activa requiere una conexión entre la pretensión del recurso y la satisfacción por el recurrente de derechos o intereses legítimos si dicha pretensión es estimada. En este caso, se solicita la revocación de los pliegos impugnados y que se ordene “a Osakidetza” actuar conforme al contenido del recurso. El recurrente invoca una normativa que, en síntesis, impediría la externalización de los servicios objeto del contrato e impondría el uso preferente de medios propios. La única mención que D.D.Z.P hace a su legitimación activa la fundamenta en su condición de (...) trabajador temporal de Osakidetza en servicios similares a los que se pretenden externalizar, por lo que (...) el contenido del pliego de condiciones perjudica su derecho como trabajador. A juicio de este Órgano, esta alegación es insuficiente para considerar que existe legitimación activa, por lo que el recurso debe inadmitirse. En contra de lo que señala el recurso, el poder adjudicador que requiere la

prestación y tramita el procedimiento de adjudicación no es Osakidetza, sino la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (ver, por ejemplo, el apartado 19.1 de las Cláusulas Específicas del Contrato). Por lo tanto, no hay un beneficio directo tangible que el recurrente pueda obtener de la cancelación de la licitación y la consiguiente internalización del servicio, ya que los medios personales propios que se utilizarían serían, en principio, los adscritos al Departamento de Salud, y no los de Osakidetza en los que se integra D.D.Z.P., siendo además muy remota la posibilidad de que la prestación pudiera atribuirse a empleados temporales (con menores posibilidades de movilidad funcional) de otra Administración. Por otro lado, no es objeto del acto impugnado reordenar las categorías profesionales de Osakidetza o del Sistema Sanitario Vasco, ni modificar el puesto de trabajo del recurrente (que por cierto, éste no identifica). Consecuentemente, no se considera que se haya acreditado una legitimación suficiente para interponer un recurso especial en materia de contratación, por lo que el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 b) de la LCSP.

1.1.9. Carece de ella quien no discute la posición del adjudicatario ni aspira a ella

Resolución 004/2019

La pretensión del recurso es que, con escrupuloso respeto a la oferta presentada se modifique el acto impugnado en el sentido de aprobar la adjudicación en el importe de 272.172, 17 euros, el realmente ofertado, sustituyendo así la cifra de 544.344, 34 euros. A la vista de esta circunstancia, no se alcanza a entender (ni el recurso lo acredita) cuál es el derecho o interés legítimo tangible que, distinto de la mera reposición de la legalidad supuestamente vulnerada o el perjuicio infringido a MEDIASAL, obtendría DAMBERG de una hipotética estimación del recurso. Es claro que en ningún caso conseguiría el contrato, pues no se discute la posición del adjudicatario, sino solamente las condiciones bajo las que se le adjudica dicho contrato. Tampoco hay petición de declaración de desierto del procedimiento, cuyo éxito beneficiaría al recurrente al permitirle presentar una nueva proposición en una más que posible nueva licitación. Consecuentemente, no concurre la legitimación activa que el artículo 48 de la LCSP requiere para la válida interposición del recurso, por lo que debe inadmitirse según lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

1.1.10. La tiene el licitador que recurre todas las ofertas que le anteceden en el orden de clasificación

Resolución 015/2019

Consta la representación de D. J.M.G.V. para actuar en nombre de la recurrente. Respecto a la legitimación, analizado el expediente, se observa que la oferta de la recurrente es la cuarta clasificada en el listado elaborado después de la aplicación de los criterios de

adjudicación (artículo 151.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Consecuentemente, en el caso de que se acordara la anulación solicitada, sería ella la adjudicataria, dado que ZAINZEN reclama la exclusión de todas las proposiciones mejor valoradas que la suya. Por todo ello, ya que una hipotética estimación de la pretensión derivaría en un beneficio tangible, requisito para su interposición según el artículo 48 de la LCSP, la recurrente se encuentra legitimada.

1.1.11. Carece de ella el licitador que impugna la adjudicación pero no su exclusión

Resolución 186/2019

La pretensión de la recurrente es que se declare “la nulidad de los actos administrativos por haber generado indefensión al no estar correctamente notificados y no haber plazo de alegaciones con acuerdo de exclusión”. El alegante estima que el recurso es inadmisibile por falta de legitimación activa; afirma que, dado que el recurrente fue excluido y que su impugnación no opone ningún argumento contra dicha exclusión, admite la corrección de este acto, lo que supone el reconocimiento simultáneo de su falta de interés en el resultado final del procedimiento de adjudicación, que ya no le afectaría en ningún caso. A juicio de este Órgano, la citada alegación es acertada y el recurso debe inadmitirse al amparo del artículo 55 b) de la LCSP por las siguientes razones:

1. El licitador fue excluido por el Jurado (acta de la reunión del día 25 de junio de 2018); no consta que dicha exclusión le fuera notificada en debida forma. No obstante, la adjudicación impugnada sí cita como fundamento la literalidad del acta en la que se formula la correspondiente propuesta, y en ella se incluye el motivo de la exclusión (incluir en la oferta técnica los nombres de los miembros del equipo redactor, infringiendo el anonimato propio de los concursos de proyectos).
2. Frente al acto impugnado, el recurrente argumenta diversas deficiencias procedimentales que, como bien señala el poder adjudicador, son irrelevantes por no ser esenciales (artículo 48.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), relativas a los plazos de resolución del procedimiento y a la publicación de la información sobre el desarrollo del concurso en el “portal web del concurso”, pero apenas discute la legalidad de la causa de su exclusión, a pesar de que está claramente expuesta en el acto impugnado. En este sentido, la alegación de que la falta de un “plazo de alegaciones” contra la exclusión le ha provocado indefensión es un argumento puramente retórico y formalista, pues nada le impide ahora formular cuantos motivos materiales de oposición a la exclusión estime oportunos; tales motivos podrían haber sido valorados por este Órgano que, en su caso, podría haberlos estimado, con la consecuente anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones (o cancelación del procedimiento si esto último no es posible; ver por ejemplo la Resolución 117/2019 del OARC/KEAO).
3. El hecho de que el recurrente no ponga en duda de modo efectivo la legalidad de su exclusión (a pesar de conocer todos los elementos para poder hacerlo) indica que no

hay en la impugnación el interés tangible real que caracteriza la legitimación activa, pues carece de ella el licitador que no se opone a su exclusión o que, como en este supuesto, se opone a ella de un modo meramente formal (ver, por ejemplo, sensu contrario, la Resolución 69/2019 del OARC/KEAO).

1.1.12. Carece de ella quien no participa en el procedimiento de adjudicación por carecer de los requisitos subjetivos e impugna la adjudicación

Resolución 193/2019

En el expediente consta que en la licitación cuya adjudicación se impugna únicamente se ha presentado una oferta. Por lo tanto, el recurrente, que también impugnó los pliegos del presente contrato mediante un recurso especial que fue desestimado mediante la Resolución 129/2019 del OARC/KEAO, no ha participado en el procedimiento de adjudicación presentando una proposición y además no pudo hacerlo al ser un contrato reservado para centros especiales de empleo de iniciativa social, condición que CUSTAR no reúne. Sentado lo anterior, y a juicio de este Órgano, la alegación de GUREAK debe aceptarse por lo siguiente:

1. Este OARC/KEAO ha admitido la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación del procedimiento (ver, entre otras, la Resolución 2/2017) cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible la convocatoria de una nueva licitación a la que pueda presentar una oferta, siempre que dicha exclusión no sea firme. Esta posibilidad de volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.
2. Debe recordarse que dicha doctrina trae causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-355/15, EU:C:2016:988, que en su apartado 34 señala que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada. Ahora bien, este Órgano entiende que la argumentación de CUSTAR no queda amparada por dicha doctrina, pues no es un licitador excluido de la licitación, ya que no ha participado en ella al carecer de la condición de centro especial de iniciativa social, ni goza de perspectiva de obtener el contrato por no pertenecer a la tipología de operadores económicos que puedan participar en su licitación y adjudicación.
3. Este OARC/KEAO entiende, en este sentido, que no consta el beneficio tangible que se derivaría de la estimación de la pretensión, el cual caracteriza el interés legítimo que, a su vez, es requisito necesario para ostentar la legitimación para interponer el recurso

especial (ver el artículo 48 de la LCSP). Debe recordarse que no cabe considerar como tal el mero cumplimiento de la legalidad supuestamente infringida a la que alude el recurso (ver la Resolución 39/2018 del OARC/KEAO); tampoco es suficiente ostentar la condición de empresa que desarrolla la actividad contratada. Finalmente, no cabe entender que el interés radica en que el procedimiento se declare desierto para poder presentar su oferta a una hipotética nueva licitación, pues difícilmente puede predicarse ese interés de quien no va a poder presentarse al nuevo procedimiento, pues carece de la condición de aptitud necesaria. El argumentario de la recurrente sobre las posibilidades que se le abrirían para poder participar en la licitación de estimarse su recurso, más que hipotético es especulativo y muy improbable, pues no existe indicio alguno que permita suponer que el contrato, en caso de declararse desierto, fuera a ser licitado sin reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción reguladas o se permitiera la subcontratación a operadores económicos distintos de estos últimos.

4. Por último, frente a la indicación de la recurrente de que los pliegos que rigen el presente contrato no han ganado firmeza, debe indicarse que a este Órgano no le consta y, la recurrente tampoco lo acredita, que se haya interpuesto el correspondiente Recurso Contencioso-Administrativo, ni que se hayan adoptado medidas cautelares en dicho procedimiento contra la resolución 129/2019 del OARC/KEAO por la que se desestimaba el recurso especial interpuesto por la recurrente contra los pliegos de la presente licitación.

1.1.13. La tiene quien impugna un procedimiento negociado sin publicidad

Resolución 083/2019

Consta en el expediente la representación de don E.F.R., que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, GE afirma que, dado que el contrato solo puede ejecutarse por una única empresa (lo que precisamente justifica el procedimiento negociado sin publicidad), ALTHEA carece de ella, ya que no tiene la posibilidad de ser adjudicataria. Esta alegación debe rechazarse. La legitimación para la interposición del recurso especial se caracteriza porque su hipotética estimación satisfaría un interés tangible del recurrente, distinto del mero cumplimiento de la legalidad (ver, por todas, la Resolución 40/2019 del OARC/KEAO); en este caso, la estimación de la impugnación supondría la cancelación de un procedimiento de adjudicación en el que no puede presentar una oferta y, muy probablemente, la tramitación de otro abierto a su concurrencia. Por ello, se considera que concurre el requisito de la legitimación activa para la interposición del recurso (...).

1.1.14. La tiene el operador económico que impugna una cláusula que le impide ser subcontratista del adjudicatario

Resolución 129/2019

El contrato está reservado para Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, según establecen las cláusulas específicas 1, 11.1.2 y 20.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), y el propio recurrente reconoce que no tiene esta condición. Consecuentemente, su legitimación para impugnar los pliegos no puede basarse en su interés para obtener el contrato. No obstante, entre las cláusulas impugnadas figura la que establece la reserva que le impide, en opinión de CUSTAR ilícitamente, acceder al contrato. La legitimación para la interposición del recurso especial se caracteriza porque su hipotética estimación satisfaría un interés tangible del recurrente, distinto del mero cumplimiento de la legalidad; en este caso, la estimación de este motivo de impugnación supondría la cancelación de un procedimiento de adjudicación en el que no puede presentar una oferta y, muy probablemente, la tramitación de otro abierto a su concurrencia (ver la Resolución 83/2019 del OARC/KEAO). Por ello, se considera que concurre el requisito de la legitimación activa para impugnar la reserva. (...) Por lo que se refiere al recurso contra la prohibición de subcontratación, este Órgano estima que, de aceptarse la petición, el recurrente obtendría la satisfacción de un interés cierto y tangible, real y no meramente hipotético, distinto del cumplimiento de la mera legalidad, como es la posibilidad de acceder a la ejecución de la prestación contractual como subcontratista, posibilidad de la que la actual redacción le priva (ver, por ejemplo, la Resolución 20/2015 del OARC/KEAO). Por ello, CUSTAR tiene legitimación activa para ejercer la citada pretensión.

1.2. PLAZO, FORMA Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN.

1.2.1. Plazo si comunicación verbal de la exclusión

Resolución 78/2018

Por lo que se refiere al plazo de interposición, el poder adjudicador alega que el recurso es extemporáneo. Según expone en su informe de contestación, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que, cuando se interponga contra actos de trámite, el plazo de interposición del recurso es de quince días hábiles, cuyo cómputo se inicia a partir del día siguiente a aquel en que se ha tenido conocimiento de la posible infracción; dado que la recurrente conoció el acuerdo de exclusión el mismo día 25 de abril (fecha del acto de apertura de los sobres que contienen la documentación relativa a los criterios sujetos a apreciación mediante fórmula, al que acudió el representante de la UTE), pudo acceder a la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor, que se dio a conocer en dicha sesión y que suponía su exclusión del procedimiento. Consecuentemente, el recurso debiera inadmitirse, dado que el plazo para su interposición finalizó el día 18 de mayo. A todo ello añade que no hay obligación legal de notificar el acto de exclusión.

A juicio de este Órgano, esta alegación no es aceptable y el recurso debe considerarse interpuesto en plazo. El desarrollo reglamentario del procedimiento de recurso especial efectuado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que en lo referente al plazo de interposición del recurso en lo que respecta a los actos de trámite ha de entenderse en vigor por ser el contenido del art. 50.1.c) de la LCSP exactamente el mismo que el del art. 44.2b) del TRLCSP, que en su artículo 19.3 dispone que cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión. En el supuesto que nos ocupa, al tratarse de una comunicación verbal, no constan los requisitos exigidos a las notificaciones por el artículo 40 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, la cual no puede ser sustituida por la publicación del acuerdo con su motivación en el perfil del contratante (ver, en este sentido, la Resolución 129/2017). Llegados a este punto únicamente cabe acudir a la constante y reiterada doctrina de este OARC/KEAO (ver, en este sentido las Resoluciones 97/2012, 76/2014, 121/2014, 30/2015, 126/2016) que establece que en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental errónea (como el caso de no señalamiento de los recursos procedentes) o que carezcan de motivación, tales defectos 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.

1.2.2. Plazo si presentación en correos y comunicación simultánea al OARC

Resolución 87/2018

Según consta en el expediente, el recurso se presentó en la oficina de Correos el día 25 de mayo, tal y como acredita el correspondiente sello de entrada, que lo remitió a este Órgano el día 29 de mayo; simultáneamente, el recurrente envió al OARC/KEAO el mismo documento por correo electrónico el citado día 29, si bien se trataba de una copia sin sello de entrada, que fue la que a su vez se remitió al poder adjudicador. Por esta razón, Osakidetza afirma que no le consta otra fecha de entrada que el 29 de mayo, que es la que figura en la aplicación del OARC/KEAO; no obstante, es claro que el recurso se ha presentado en uno de los lugares autorizados, según los artículos 51.3 de la LCSP y 16.4 b) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Consecuentemente, debe descartarse la alegación de extemporaneidad formulada por el poder adjudicador.

1.2.3. Plazo si se notifica uno distinto al establecido en la LCSP

Resolución 96/2018

Debe rechazarse la alegación del poder adjudicador, que estima que la impugnación es extemporánea porque, según el artículo 44.2 del TRLCSP, el plazo de quince días hábiles para la interposición se computa a partir del día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto recurrido. En primer lugar, como ya se ha expresado en el primer Fundamento de Derecho, el TRLCSP no es aplicable al procedimiento de recurso y, en segundo lugar y lo que es más decisivo, la argumentación del Ayuntamiento no es coherente con el texto de la notificación enviada a ROS ROCA, que establece lo siguiente:

Contra este acuerdo, que agota la vía administrativa, cabe interponer por vía electrónica el recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 44 de la ley 9/2017, de 8 de marzo, de contratos del sector público y de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera, 4, segundo inciso de tal texto legal, ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC) de Euskadi en el plazo de quince (15) días hábiles a contar, según lo establecido en el art. 50.1 d) del referido texto legal, del día siguiente a aquel en que se haya notificado este acuerdo.

Según consta en el expediente, la resolución recurrida se notificó por Correos el día 10 de mayo de 2018, y el recurso se interpuso el día 31 de mayo, es decir, el último día del plazo señalado en la notificación remitida por el poder adjudicador. Dado que el interesado ha cumplido el plazo fijado por el poder adjudicador, no cabe que éste alegue la extemporaneidad del recurso utilizando un sistema de cómputo diferente del que ha indicado en la notificación, pues sería tanto como permitirle beneficiarse de inducir al administrado a actuar de un modo que posteriormente el propio Ayuntamiento considera inaceptable (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional 214/2002 y 154/2004). Consecuentemente, y sin que sea necesario entrar en más análisis de la legalidad de la notificación, este OARC/KEAO entiende que el recurso debe admitirse a trámite.

1.2.4. Plazo si incumplimiento de la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP

Resolución 107/2018

Debe examinarse si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal dado que, además de ser una cuestión de orden público procesal que puede ser analizada por el OARC/KEAO para determinar la admisibilidad o no del mismo, el poder adjudicador alega su extemporaneidad. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 de la LCSP dispone que:

1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

- a) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento”.

Por su parte, la Disposición Adicional Decimoquinta establece que:

1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

En el presente supuesto, la notificación de la resolución se produjo el 26 de abril mediante correo electrónico con acuse de recibo, es decir, sin utilizar ninguna de las dos vías específicas establecidas por la DA 15ª, por lo que el plazo debe comenzar a computarse desde el día siguiente al de la recepción de la notificación, esto es, desde el 27 de abril.

A este respecto, el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas relativo al cómputo de los plazos, dispone que Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso. Consultados los calendarios laborales del municipio y Comunidad Autónoma, tanto del interesado (Madrid) como la del órgano administrativo (Vitoria-Gasteiz), se observa que, además de los sábados y domingos, han ser considerados como inhábiles los días 1, 2 y 15 de mayo a los efectos del cómputo del plazo. En consecuencia, podemos concluir que el plazo de los 15 días hábiles para la presentación del presente recurso finalizaba el 22 de mayo, por lo que su entrada en el registro del poder adjudicador el 21 del mismo mes es temporánea y, por tanto, el recurso debe admitirse.

1.2.5. La notificación ha de efectuarse conforme a la LCSP y los pliegos no pueden disponer válidamente de ello

Resolución 054/2019

Tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada alegan la extemporaneidad del recurso. A juicio de este Órgano, la alegación no puede aceptarse. Según consta en el expediente, la notificación se realizó por correo ordinario, mediante entrega por un operador

postal. Según el artículo 50.1 d) de la LCSP, Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. Por su parte, el apartado 1 de la citada disposición adicional establece que Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica, añadiéndose que Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado. A la vista de todo ello, la notificación no se ha efectuado de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto, por lo que en ningún caso puede producir el efecto de marcar el inicio del cómputo del plazo para recurrir. En este sentido, es irrelevante que el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establezca que la notificación de la adjudicación (...) se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario (...), dado que los pliegos no pueden disponer válidamente sobre cuestiones procedimentales como el sistema de cómputo de los plazos de impugnación. Consecuentemente, el recurso debe considerarse interpuesto en plazo cualquiera que sea el momento en el que se interponga.

1.2.6. Notificación defectuosa

Resolución 064/2019

El recurso debe considerarse interpuesto en el plazo legal. Aunque la remisión de la notificación del acto impugnado se produjo el día 3 de enero de 2019 y el escrito de recurso se entregó en el registro de este Órgano resolutorio el 1 de febrero, superado largamente el plazo previsto en el artículo 50.1 d) de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15ª de la LCSP, nos encontramos ante una notificación defectuosa. En concreto, no se expresa (i) la indicación de si el recurso es o no definitivo en vía administrativa, (ii) la expresión de los recursos 3/10 que procedan (omite la posibilidad alternativa de plantear directamente el recurso contencioso administrativo), y (iii) no consta el Órgano ante el que hubiera de presentarse el recurso (artículo 46 de la LCSP), lo que incumple el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Según una reiterada doctrina de este OARC/KEAO (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016 y 94/2016, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca.

1.2.7. Preclusividad del plazo respecto de unas cláusulas que pudieron impugnarse en el recurso contra unos pliegos anteriores con el mismo objeto

Resolución 152/2018

El análisis de las cuestiones planteadas debe partir del hecho de que los pliegos rectores de un contrato anterior, que regulaban la prestación del servicio que ahora se recurre, esto es, los servicios de mantenimiento de los equipos de electromedicina de los centros de Osakidetza ubicados en el Área de Salud de Gipuzkoa, fueron anteriormente objeto de un recurso interpuesto por MANTELEC (recurso especial EB 2018/15), que fue resuelto por este OARC/KEAO mediante la Resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018,

- d) Sobre la cosa juzgada administrativa y la preclusividad del plazo de presentación del recurso.

El apartado dispositivo primero de la Resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018, de este OARC/KEAO establecía lo siguiente:

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A. contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza, anulando los siguientes apartados de los pliegos y cancelando la licitación:

- la cláusula 30.2 de la carátula del PCAP y apartado 18.2 del PPT en cuanto al criterio de adjudicación relativo al precio.
- la cláusula 29.1 de la carátula del PCAP en cuanto impide la presentación del DEUC como documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos previos de acceso.
- el último inciso del último párrafo del apartado 5.12 del PPT, desde “Una vez confirmado...” hasta “...mantenimiento objeto del contrato”.
- la cláusula 8 del PPT.

Si tal y como manifiesta OSAKIDETZA los pliegos y anuncio que ahora se impugnan son los aprobados y publicados en ejecución de la Resolución 40/2018, de 22 de marzo de 2018 del OARC/KEAO, estaríamos ante la ejecución de una Resolución firme de este Órgano, por lo que si el pliego dictado y aprobado en ejecución de la citada resolución se ajusta a lo dispuesto en ella el recurso deberá ser inadmitido por encontrarnos ante la llamada “cosa juzgada administrativa”. Téngase en cuenta que lo contrario sería tanto como dejar sin efecto una resolución firme de este OARC/KEAO. Únicamente podrán debatirse en la fase actual del procedimiento de adjudicación del contrato las cláusulas nuevas y diferentes a las que figuraban en los pliegos primeramente recurridos y aquellas otras de las que, aun permaneciendo

iguales, se discuta su adecuación al nuevo marco jurídico sobrevenido (téngase en cuenta que el pliego analizado en la Resolución 40/2018 debía ajustarse al derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante, TRLCSP, y no a la LCSP).

Esta misma cuestión ha sido planteada en recursos anteriores, en concreto en uno en el que las partes eran las mismas (ver, en este sentido, la Resolución 26/2015), manifestando este OARC/KEAO a este respecto lo siguiente:

El recurso especial persigue un efecto útil, que consiste en la posibilidad de que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros). No obstante, este principio ha de conjugarse con el de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665, en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica (STJUE asunto C-470/1999, párr. 75).

La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita.

Consecuentemente, aquellas cláusulas que pudiendo ser impugnadas en su momento no lo fueron, no podrán ser objeto de recurso con ocasión de la publicación de los pliegos adecuados a la Resolución del OARC/KEAO por haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso especial y no procederá entrar a valorar la impugnación de aquellas otras que han sido declaradas conforme a derecho en la Resolución 40/2018, por pretender dejarla sin efecto e intentar introducir de nuevo cuestiones que han sido resueltas, debiendo acudir a los medios de impugnación señalados en la propia resolución, formulando el oportuno recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

1.2.8. Plazo si la notificación del acto se efectúa únicamente en euskera sin que lo solicite el interesado

Resolución 157/2018

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. Consta en el expediente que a la recurrente se le notificó la resolución de exclusión impugnada el día 23 de agosto únicamente en euskara y que, posteriormente, el 7 de septiembre, AUTOCARES ALDALUR solicitó el envío de la citada resolución traducida al castellano, hecho que se produjo el día 14. A partir de este relato fáctico, a juicio de este Órgano, no procede aceptar la alegación de extemporaneidad realizada por el poder adjudicador, sobre la base de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera dispone literalmente:

Artículo 8.

(...)

2. Todo acto en el que intervengan los poderes públicos sitos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como las notificaciones y comunicaciones administrativas, deberán ir redactados en forma bilingüe, salvo que los interesados privados elijan expresamente la utilización de una de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma.

En el expediente remitido no consta que AUTOCARES ALDALUR haya elegido expresamente la utilización de una de las dos lenguas oficiales, por lo que la obligación del poder adjudicado era la de notificar en ambas. No habiéndolo hecho así, el primer día de plazo para interponer el presente recurso especial será el siguiente al que haya procedido a subsanar dicho defecto en la notificación. Consecuentemente, tomando dicha fecha como inicio del cómputo de presentación del recurso especial, se ha de concluir que nos hallamos ante un recurso presentado en plazo.

1.2.9. Plazo de interposición cuando la adjudicación no se ha publicado el mismo día en que se remitió el aviso de notificación en el perfil

Resolución 166/2018

ÚNICO: El poder adjudicador plantea que el recurso debe inadmitirse por estar presentado fuera de plazo. A juicio de este Órgano, esta alegación debe aceptarse.

El artículo 50.1 d) de la LCSP señala textualmente que:

1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

El apartado 1 de la disposición adicional decimoquinta establece lo siguiente:

1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

Consta en el expediente que la fecha de envío del aviso de notificación fue el 7 de septiembre, y que la publicación en el perfil del contratante se produjo el 12 de septiembre, por lo que el cómputo del plazo debe iniciarse desde la recepción de la notificación, que se produjo el 10 de septiembre y que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Consecuentemente, el plazo finalizaba el día 1 de octubre y la interposición el 2 de octubre es extemporánea, lo que supone la inadmisión del recurso, según lo dispuesto en el artículo 55 d) de la LCSP.

1.2.10. Calendario de días inhábiles si presentación electrónica del recurso ante OARC

Resolución 25/2019

En el expediente remitido y en la documentación obrante en la plataforma de contratación consta que (i) el día 13 de diciembre de 2018 se publicó el anuncio de licitación junto con los pliegos recurridos, tanto en el Diario Oficial de la Unión Europea, como en el perfil del contratante del poder adjudicador alojado en la Plataforma de Contratación en Euskadi, (ii) el recurso interpuesto por la recurrente tuvo entrada en el registro electrónico del OARC/KEAO el 8 de enero de 2019, (iii) el registro electrónico del OARC/KEAO se encuentra residenciado en la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la cual se rige a efectos de cómputo de plazos, por la fecha y hora oficial que en ella figuran publicados de conformidad con lo previsto en el artículo 30.7 de la LPAC1, (iv) en dicho calendario no consta el día 7 de enero de 2019 como inhábil a los efectos del cómputo de plazos en la sede electrónica Comunidad Autónoma del País Vasco.

Consecuentemente, desde el día 13 de diciembre de 2018 era posible descargarse desde el perfil de contratante la información relevante del contrato como, por ejemplo, el Pliego de Cláusulas Particulares, el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como el Documento Europeo Único de Contratación, por lo que el recurrente pudo desde esa fecha impugnar el contenido de los pliegos que considerase oportuno. Por otro lado, si bien es cierto que con posterioridad a dicha fecha se ha publicado información adicional en la propia plataforma, así como una corrección de errores, en ningún caso han afectado al clausulado objeto del recurso. Por todo ello, este Órgano entiende que el primer día del cómputo del plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso al que se refiere el artículo 50.1 b) de la LCSP es el 14 de diciembre, que es el siguiente al de la publicación en el perfil del anuncio del contrato, siendo el día final de presentación el 7 de enero de 2019 por ser inhábiles, además de los sábados y domingos (art. 30.2 LPAC), los días 25 de diciembre de 2018 y 1 de enero de 2019 (según el calendario de la sede electrónica de la CAE); consecuentemente, la presentación del recurso el día 8 de enero es extemporánea y supone su inadmisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.d) de la LCSP.

A efectos de este cómputo, no puede ser considerado como día inhábil el día 7 de enero de 2019, día festivo en la Comunidad de Madrid que es el lugar del domicilio social de la recurrente, porque la regla específica del artículo 31.3 de la LPAC excluye de su aplicación la regla general del artículo 30.6 de la LPAC alegada por la recurrente.

Resolución 113/2019

FCC alega que el recurso es extemporáneo porque se ha computado incorrectamente como día inhábil el 29 de abril, fecha en la que este año se celebraba en Álava la festividad de San Prudencio, dado que los calendarios determinantes para el cómputo del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP son únicamente los aplicables al domicilio de las recurrentes (Ortuella y Donostia) o a la sede del órgano de contratación (Donostia). Esta alegación no es 3/ 11 aceptable; el recurso se ha presentado en el registro electrónico del OARC/KEAO por lo que, de conformidad con el artículo 31.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el calendario de días inhábiles que se aplicará a efectos del cómputo de plazos debe ser el publicado en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, donde se ubica dicho registro electrónico, en el que el día 29 de abril figura como inhábil.

1.2.11. Inicio del cómputo del plazo si publicación en el DOUE

Resolución 033/2019

El poder adjudicador considera extemporáneo el recurso presentado por IBERDROLA dado que, a su parecer, el plazo para la interposición del recurso debe comenzar desde el día siguiente a la publicación de los pliegos en el perfil del contratante (en este caso, el 20 de noviembre) y no desde el siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 23 de noviembre, como pretende la recurrente. Esta alegación del

poder adjudicador no puede aceptarse. Debe tenerse en cuenta que, en el procedimiento de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (como el impugnado) es requisito previo ineludible la publicación del anuncio de la licitación en el DOUE bajo pena de nulidad de pleno derecho (artículo 39.2 c) de la LCSP), y tanto la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 52.1, como la LCSP en su artículo 135.3, señalan que dicha publicación debe preceder a la publicidad nacional, incluida la del perfil del contratante. La finalidad de esta obligación es garantizar que todos los operadores económicos que pueden estar interesados en presentar una oferta o, en su caso, en impugnar las bases de la licitación, disfruten para ello de los mismos plazos, sin que quepa discriminación al respecto por razón geográfica o de nacionalidad. En este sentido, no se comparte la alegación del poder adjudicador, que entiende el artículo 135.3 de la LCSP en el sentido de que alude exclusivamente a los contratos de concesión de servicios del anexo IV; por el contrario, de la literalidad del precepto, del contenido de la Disposición Adicional 36ª y de la necesidad de ajustar la interpretación de la norma nacional al Derecho de la Unión Europea que ésta incorpora (el citado artículo 52.1 de la Directiva 2014/24) se deduce que se refiere, tanto a todos los anuncios de licitación, como a los anuncios de información previa a que se refiere la mencionada Disposición (los cuales sí se refieren exclusivamente a los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV). En consecuencia, en los supuestos de publicidad preceptiva en el DOUE, el cómputo del plazo de quince días hábiles al que se refiere el artículo 50.1 b) de la LCSP no puede iniciarse antes de que se haya producido dicha publicación o, en su caso, se haya dado el supuesto de que el órgano de contratación no haya recibido en 48 horas la confirmación del envío del anuncio, lo que no consta en este caso ni se alega por el poder adjudicador. En conclusión, habiéndose publicado el anuncio de licitación en el DOUE el 23 de noviembre, el plazo de los 15 días hábiles comienza el día siguiente hábil, el 26 de noviembre, por lo que la presentación en el registro de este Órgano el 17 de diciembre es temporánea y el recurso debe admitirse a trámite.

1.2.12. No se puede exigir del adjudicatario una impugnación preventiva de las ofertas admitidas so pena de preclusión del plazo

Resolución 043/2019

No cabe aceptar la alegación de METRO BILBAO, que entiende que el recurso es extemporáneo porque se refiere a la indebida admisión de la proposición de CARYOSA (luego adjudicatario impugnado), supuesta irregularidad que ya fue conocida el 27 o 28 de noviembre y que no se impugnó en plazo. Como ya ha señalado este OARC/KEAO (ver, por ejemplo, su Resolución 137/2017), la jurisprudencia del TJUE que inspira el artículo 44.2 b) de la LCSP (sentencia de 5 de abril de 2017, “Marina del Mediterráneo”, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), que considera acto impugnabile la admisión de las ofertas de los licitadores, se basa en garantizar el efecto útil de los derechos que la Directiva 89/665, que regula los recursos en materia de contratación pública, concede a los operadores económicos perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores (ver, en especial, el apartado 33 de la sentencia citada). Esta finalidad no se cumpliría si la ampliación del ámbito de los actos recurribles, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, se convirtiera en la carga que para el adjudicatario supondría tener que impugnar preventivamente la admisión de las proposiciones de todos

los demás licitadores bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no podría presentar un recurso contra una de dichas ofertas si luego resulta ser la del adjudicatario, pues ello sería una interpretación desmesurada y contraria a la Directiva de recursos. Por otro lado, el argumento de METRO BILBAO es contradictorio con el hecho de que no conste en el expediente que la admisión se notificara de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, incluyendo el ofrecimiento de la vía de recurso correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 78/2018 del OARC/KEAO).

1.2.13. Si lugar de presentación diferente al del registro del OARC

Resolución 082/2019

Este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 1/2019) que, para que la fecha de presentación del escrito de recurso especial en las oficinas de correos cause efectos, el recurrente debe efectuar el trámite consistente en comunicar dicha presentación del recurso especial a este OARC/KEAO de manera inmediata y de la forma más rápida posible (en este sentido se pronuncian, asimismo, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en su Resolución 53/2019 y el TACRC en su Resolución 907/2018). En el recurso que nos ocupa no se ha efectuado dicha comunicación por lo que no 3/4 puede considerarse como fecha de presentación efectiva del recurso la efectuada en la oficina de Correos el 26 de febrero de 2019 sino la del 6 de marzo, día en el que el que consta el asiento de presentación del recurso en el libro de entradas del Gobierno Vasco en la Delegación Territorial de Bizkaia del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras que es una oficina de asistencia auxiliar en materia de registros de este OARC/KEAO. Por ello, y dado que el plazo finalizaba el día 26 de febrero, la interposición del recurso es extemporánea, lo que supone la inadmisión del recurso, según lo dispuesto en el artículo 55 d) de la LCSP.

1.3. ACTOS RECURRIBLES

1.3.1. No es acto recurrible el informe de valoración

Resolución 93/2018

Se plantea la cuestión de si el acto recurrido, esto es, el informe técnico de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, puede ser objeto de recurso especial. A juicio de este OARC/KEAO, la respuesta debe ser negativa, pues el citado informe no figura entre los actos citados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Por el contrario, nos encontramos ante una actuación que forma parte

de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), las cuales no se hallan comprendidas en el amplio campo de las actuaciones recurribles. En este sentido, los informes técnicos como el impugnado no tienen más virtualidad que auxiliar a los órganos competentes en su función de determinar la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación, pero no son actos que, por sí mismos, sean susceptibles de causar perjuicio alguno a los licitadores. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 22.1.4º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el recurso no puede ser admitido a trámite.

1.3.2. No cabe recurso especial contra una resolución del OARC

Resolución 001/2019

El recurrente plantea un recurso contra la Resolución 166/2018, de 23 de noviembre, de este OARC/KEAO que inadmite por extemporáneo el recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento y adecuación del alumbrado público y de los equipos de regulación del tráfico del municipio de Santurtzi”. Según el artículo 59.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), contra las resoluciones dictadas en el procedimiento de recurso especial sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; de acuerdo con el artículo 59.3 de la LCSP, tampoco cabe la revisión de oficio. Consecuentemente, no es posible admitir la tramitación del recurso especial que nos ocupa, ya que el tenor literal de los citados preceptos es claro y taxativo, y la exclusión que contiene comprende tanto los recursos administrativos ordinarios y extraordinarios, como cualquier forma de revisión de oficio (ver, en este sentido, la Resolución 183/2018, de 18 de diciembre, de este OARC/KEAO).

1.3.3. No es acto recurrible la ejecución de una resolución del OARC

Resolución 164/2018

Se plantea la cuestión de si el acto impugnado, el Acuerdo del Pleno de Ayuntamiento de Barakaldo de fecha 13 de agosto de 2018, puede ser objeto del recurso especial.

Nos encontramos ante la impugnación de un acto de ejecución de una Resolución de este OARC/KEAO, en el que no se plantea ninguna cuestión, jurídica o de hecho, nueva o diferente a las que surgieron durante el procedimiento de adjudicación y en el acto que le puso término, que es el acuerdo de adjudicación del pleno del Ayuntamiento de fecha 28 de marzo de 2018. El ahora recurrente, FCC, no interpuso recurso alguno contra este último acuerdo por lo que, en lo que a él respecta, nos hallamos ante un acto firme y consentido por el transcurso del tiempo que, consecuentemente, no puede atacar. Resultaría contrario al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que el plazo de interposición del recurso quedara indefinidamente abierto y que los candidatos o licitadores pudieran alegar en cualquier momento, incluso transcurrido ampliamente el dictado del acto que pone fin al procedimiento de contratación, las infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello a la entidad adjudicadora a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones.

1.3.4. No es acto recurrible el requerimiento de la Mesa de contratación de aclaración de la oferta

Resolución 173/2018

El poder adjudicador y GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. solicitan la inadmisión del recurso. A juicio de este OARC/KEAO, esta alegación debe aceptarse, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, la Mesa de Contratación se limita a requerir a un licitador una aclaración del alcance del contenido de su oferta sin modificar esta última, por lo que nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.

1.3.5. No es acto recurrible el requerimiento de subsanación

Resolución 205/2019

A juicio de este OARC/KEAO el recurso debe ser inadmitido, pues la actuación impugnada no figura entre las citadas en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o

determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, la Mesa de Contratación se limita a requerir a unos licitadores la subsanación de la documentación presentada en orden a la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos, pero sin que se efectúe un pronunciamiento de fondo, por lo que nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido a trámite.

1.3.6. No es acto recurrible la declaración de oferta más ventajosa

Resolución 019/2019

A juicio de este OARC/KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a declarar la oferta más ventajosa en cada uno de los lotes en que se divide el Acuerdo Marco, por lo que nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido.

1.3.7. No es acto recurrible la solicitud de modificar un contrato

Resolución 20/2019

El recurso debe ser inadmitido. El recurrente alega que el incremento del salario mínimo interprofesional para el año 2019 ha alterado de forma imprevisible y sobrevenida las condiciones económicas en las que se basó la adjudicación del contrato por lo que, a través del recurso especial en materia de contratación, insta una modificación no prevista del contrato con el fin de que su ejecución no le sea antieconómica. Esta supuesta falta de actividad del poder adjudicador no cabe ser subsumida en ninguna de las actuaciones susceptibles de

recurso especial que se citan en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En especial, no se impugna un acuerdo de modificación que debió ser objeto de una nueva adjudicación (art. 44.2.d) LCSP), única actuación al margen del rescate de las concesiones que es recurrible en la fase de ejecución del contrato sino que, por el contrario, se pretende que el poder adjudicador modifique los términos del contrato. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55.c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido.

1.3.8. No es acto recurrible el acuerdo de iniciar la resolución de un contrato

Resolución 26/2019

A juicio de este OARC/KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 J0D0Z-T1G0N-G0VP en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>. La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>. Nahi izanez gero, J0D0Z-T1G0N-G0VP bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den 2/3 (en adelante, LCSP). En concreto, no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a iniciar el expediente de resolución de un contrato de obra por incumplimiento culpable del contratista por demora en el cumplimiento de los plazos. Se trata, por tanto, de un contrato ya adjudicado y formalizado, por lo que el acto impugnado corresponde a la fase de ejecución, fase en la que el OARC/KEAO únicamente tiene competencia para considerar la legalidad de ciertas modificaciones que pudieran acordarse o los acuerdos de rescate de las concesiones. En definitiva, este Órgano no es competente para considerar la legalidad del contenido de la resolución de la Alcaldía por no hallarse comprendido en el amplio campo de las actuaciones recurribles.

1.3.9. No es acto recurrible la propuesta de adjudicación de un contrato

Resolución 100/2019

El objeto del recurso es la decisión de la Mesa de Contratación, adoptada en la sesión de 2 de mayo de 2019, por la que se propone (i) la exclusión de uno de los licitadores que

no es la recurrente, (ii) la proposición de clasificación de los licitadores y (iii) la proposición al órgano de contratación para requerir diversa documentación al primer clasificado para posteriormente adjudicar el contrato. A juicio de este Órgano, el recurso no puede admitirse a trámite. El citado acto no figura entre los mencionados en el artículo 44.2 de la LCSP. En concreto, no se trata de la adjudicación del contrato, ni de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni es un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni tampoco un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación o determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Por el contrario, nos encontramos ante una actuación que forma parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público, concretamente, una propuesta de adjudicación de las previstas en el artículo 150.1 de la LCSP (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, apartado 29, y la Resolución 99/2018 del OARC/KEAO), la cual no se halla comprendida en el amplio campo de las actuaciones recurribles.

La decisión recurrida ha sido adoptada por la Mesa de contratación en su función de asistencia al Órgano de contratación (art. 326.1 LCSP) y no es una actuación que, por sí misma, sea susceptible de causar perjuicio alguno a los licitadores. De hecho, no consta que en el procedimiento que nos ocupa se haya adoptado la decisión que confirma la propuesta recurrida o que se aparta de ella. Por otro lado (aunque de un modo confuso), el escrito dice oponerse a los criterios de adjudicación señalados en los pliegos. Ello supondría la impugnación de las irregularidades de las bases de la licitación una vez finalizado el plazo establecido para ello en el artículo 50.1 b) de la LCSP); se trataría del llamado recurso indirecto, cuyo efecto más característico es, cuando se dan ciertas circunstancias, permitir que dicha impugnación pueda producirse en el plazo para recurrir un acto sujeto al recurso especial fundado en la estipulación indirectamente recurrida (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2019 del OARC/KEAO). Dado que, como ya se ha expuesto, en este caso no existe tal acto, ni la exclusión de QUINCOCAN, ni el Acta de la Mesa le supone perjuicio alguno, no cabe admitir esta pretensión.

1.3.10. No es acto recurrible la comunicación para el abono de una penalización

Resolución 149/2019

A juicio de este OARC/KEAO, el recurso no puede ser admitido a trámite, pues el acto impugnado no figura entre los citados en el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En claro que no se trata de un acto de admisión o inadmisión de licitadores, ni de un acto de admisión o exclusión de ofertas, ni que determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Tampoco se trata de un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre la adjudicación; de hecho, el acto impugnado establece en un apartado que se recabe al siguiente licitador clasificado en el listado del artículo 150.1 de la LCSP la documentación

prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, trámite previo a la adjudicación del contrato en su favor, sin que ello sea merecedor de reproche alguno por el recurrente. En el acto impugnado, el órgano de contratación se limita a imponer una penalidad por retirada injustificada de la oferta, si bien es cierto que ofrece como vía de impugnación el recurso especial. En este sentido, la Resolución 097/2018 del OARC/KEAO confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12/6/2019, nº 166/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:2011, consideró que el acto materialmente impugnado (la incautación de la garantía, supuesto similar al ahora analizado) no podía ser objeto de recurso especial por exceder de su ámbito de actuación y, por tanto, deberá ser resuelta conforme a lo establecido en el artículo 44.6 de la LCSP que dispone que Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En definitiva, este Órgano no es competente para considerar la legalidad del contenido de la resolución del órgano de contratación por no hallarse comprendido en el amplio campo de las actuaciones recurribles. Consecuentemente, de acuerdo con el artículo 55 c) de la LCSP, el recurso no puede ser admitido

1.3.11. Es impugnable la decisión de no formalizar el contrato

Resolución 94/2018

Por lo que se refiere a su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, debe partirse de la base de que la literalidad de la Resolución del órgano de contratación de 24 de abril de 2018 recurrida dispone excluir a las empresas que retiraron el vehículo después de la adjudicación y antes de la formalización del contrato; es decir, la impugnación se plantea contra un acto que pretende dejar sin efecto la adjudicación ya dictada en favor del recurrente. El efecto natural de dicha adjudicación es, en principio, y de modo automático, la formalización en favor del adjudicatario, la cual supone la perfección del contrato (artículo 27.1 del TRLCSP); de hecho, la finalidad de la reforma operada en nuestra legislación contractual por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para introducir la perfección por la formalización (alterando así el criterio tradicional de la perfección por la adjudicación) era precisamente separar el acto por el que se selecciona, tras el correspondiente procedimiento, la oferta económicamente más ventajosa, del acto por el que se celebra el negocio jurídico, con la intención de que el primero, que ya reúne todos los elementos que luego tendrá el contrato perfeccionado, fuera recurrible por la vía del recurso especial antes de dicha celebración o perfección. Por ello, la Resolución de 24 de abril debe entenderse incluida entre los actos de trámite recogidos en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que decide “directa o indirectamente sobre la adjudicación” nada menos que privándola de su efecto más genuino, que es la formalización en favor del adjudicatario. Esta interpretación es, además, la más consecuente con el efecto útil de la Directiva 89/665/CEE (cuya incorporación al Derecho interno son los artículos 44 y siguientes de la LCSP), según se interpreta esta norma en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, especialmente en sus

apartados 26 y 27; de ellos se deduce que todas las decisiones de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sean susceptibles de infringirlas, estarán sujetas al control jurisdiccional previsto en la citada Directiva, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase también la sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada, así como la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307, que admite expresamente el recurso al que se refiere la Directiva 89/665/CEE contra una decisión posterior a la adjudicación inicial y anterior a la perfección del contrato). Consecuentemente, dado que la denegación ilegal o arbitraria de la formalización del contrato sería una infracción del Derecho de la Unión y nacional de la contratación pública porque privaría ilícitamente al adjudicatario de obtener y ejecutar el contrato, debe considerarse que el acto impugnado se incluye dentro del ámbito objetivo del recurso especial.

1.3.12. Es impugnable la decisión de desistir del contrato

Resolución 104/2019

El acto recurrido es la Resolución de 27 de marzo de 2019 por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación, que no figura expresamente en el listado del artículo 44.2 de la LCSP de actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial, al igual que tampoco lo estaba en el derogado TRLCSP, por lo que lo que resulta de aplicación lo manifestado a este respecto por este órgano con anterioridad. Así, en su Resolución 031/2017 este OARC/KEAO ya manifestó la posibilidad de que una decisión de esta índole pudiera ser objeto de recurso especial «(...) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una 3/11 licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (STJ de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).

Consecuentemente, la decisión impugnada es susceptible de recurso especial.

1.3.13. Es impugnabile el nombramiento de los miembros del comité de expertos

Resolución 108/2019

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. Por otro lado, el recurrente impugna la Resolución 257/2019, de 14 de marzo, del Director General de Osakidetza, por la que se designan los miembros del Comité de Expertos. A juicio de este Órgano, dicho acto está comprendido en el ámbito objetivo del recurso especial, ya que no deja de ser un documento contractual. En este sentido, el amplio concepto de pliego de contratación establecido en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE incluye, entre otros, los documentos elaborados o mencionados por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos del procedimiento; no cabe duda de que el Comité de Expertos, tal y como lo describe el artículo 146.2 a) de la LCSP es un órgano esencial en los procedimientos en los que es preceptivo, y la correcta determinación de su composición no es indiferente para la legalidad de la licitación. Asimismo, el propio citado precepto establece como alternativa al Comité la designación de un organismo técnico especializado que desempeñe las mismas funciones, señalando que, en ese caso, dicho organismo se especificará en los pliegos (lo que no se exige para el Comité). Consecuentemente, el contenido de dicha especificación podrá ser objeto de impugnación como lo puede ser el resto de las estipulaciones de los pliegos por lo que, por identidad de razón, carecería de sentido que las decisiones sobre la composición del Comité no fueran igualmente recurribles, aunque la LCSP no pida expresamente que se incluyan en los pliegos.

1.3.14. Es impugnabile la decisión de contratar

Resolución 212/2019

El poder adjudicador considera en su informe que la decisión de contratar no puede ser objeto de recurso especial. Esta alegación debe desestimarse ya que en supuestos similares al que ahora se plantea (ver, en este sentido las Resoluciones 24/2017, 29/2017, 45/2017 y 88/2019), este OARC/KEAO ha admitido los recursos interpuestos contra la decisión de contratar y se ha pronunciado sobre el alcance de la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación en el momento de adoptarla (ver, en el mismo sentido, la sentencia 230/18). Esta misma conclusión se extrae del examen de la jurisprudencia del TJUE que, interpretando en sentido amplio el concepto de decisión recurrible, considera que lo son las decisiones de la entidad adjudicadora anteriores al comienzo formal del procedimiento de licitación, como las de no iniciar un procedimiento de contratación pública (STJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, apartado 33) o la de celebrar contratos de trabajo con personas físicas para la prestación de determinados servicios sin tramitar un procedimiento de contratación pública (STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-260/17, ECLI:EU:C:2018:864).

1.4. CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL

1.4.1. Contrato mixto

Resolución 112/2018

El contrato cuyos pliegos se recurren está configurado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) como un contrato mixto de suministro y obras. El artículo 18.1 a) de la LCSP establece que la regla general para determinar las normas que han de regir la adjudicación de un contrato mixto que comprenda prestaciones propias del contrato de obras y suministros es la del carácter de la prestación principal. En el presente caso, la prestación principal es el suministro de las luminarias y la accesoria las obras de instalación. De este modo, y atendiendo al artículo 44.1 a) de la LCSP que prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros, el presente contrato se encuentra sujeto a este recurso.

1.4.2. Contrato patrimonial

Resolución 172/2018

En el informe del Ayuntamiento y en tres de los escritos de alegaciones se plantea la inadmisión del recurso por ser su objeto un contrato patrimonial excluido del ámbito objetivo del recurso especial (artículo 55 c) de la LCSP). Este planteamiento debe aceptarse por las razones que se exponen a continuación:

1. La cláusula segunda del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige el contrato al que se refiere el recurso establece que el objeto del contrato es “la enajenación, mediante procedimiento abierto, de la parcela edificable denominada SI-1, de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 del Área Mixta de Zorrotzaurre de Bilbao, propiedad del Ayuntamiento de Bilbao”.
2. El artículo 9.2 de la LCSP excluye del ámbito de aplicación de dicha Ley, entre otros, los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. Por su parte, el artículo 44.1 a) de la LCSP no incluye entre los contratos comprendidos en el ámbito objetivo del recurso especial los contratos patrimoniales.
3. En consecuencia con los dos apartados anteriores, el recurso no puede admitirse a trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 c) de la LCSP, pues se dirige contra un contrato no sujeto al recurso especial; en particular, no puede entenderse que se trate de un contrato de obras. El artículo 13.1 de la LCSP, en línea con el Considerando 9 y

artículo 2.1.6 de la Directiva 2014/24/UE, establece que son contratos de obras los que tienen por objeto bien la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra. Sobre el requisito de la influencia decisiva, la Resolución 59/2015 del OARC/KEAO señaló que requiere que las obras deben responder a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, que adopta las medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto, las cuales deben enmarcarse en una relación contractual, y no en el uso de potestades administrativas generales, como las atribuidas a los municipios en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística² (ver los apartados 67 y 69 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168). Llegados a este punto, no se observa que el objeto del contrato pueda considerarse un contrato público de obra. Así, aunque la cláusula vigesimoprimera del PCAP establece la obligación de entrega al poder adjudicador de un local construido conforme a ciertas características por él definidas, el artículo 18.2 a) de la LCSP impide la aplicación de la legislación contractual al procedimiento de adjudicación, ya que dicha entrega es accesoria respecto a la prestación principal, que no es otra que la venta de un terreno destinado a la futura construcción de viviendas de protección pública. Por otro lado, por más que el PCAP contenga menciones al necesario respeto a la normativa en materia de viviendas de protección pública o incluya ciertos aspectos relativos a la futura edificación de la parcela o a la promoción de viviendas entre los criterios de adjudicación o solvencia, e incluso fije un plazo máximo para la ejecución de dicha promoción³, ninguna de estas estipulaciones conlleva un encargo al adjudicatario para que ejecute una obra, sino que se trata tan solo de cláusulas accesorias a un negocio jurídico patrimonial (ver, por ejemplo, el artículo 111.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

1.5. PODERES ADJUDICADORES SUJETOS A LA COMPETENCIA DEL OARC

1.5.1. Junta de Concertación de Zorrotzaurre

Resolución 85/2018

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Junta de Concertación de la Unidad de Ejecución 1 de la Actuación Integrada 1 de Zorrotzaurre tiene la condición de poder adjudicador aunque no de administración pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP. Esta conclusión, que no es discutida por el poder adjudicador, se deriva de que (i) la Junta de concertación

² Ver, por ejemplo, el artículo 17.1.9) de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

³ Ver las cláusulas segunda, undécima, decimoquinta y vigesimoprimera del PCAP.

tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar (art. 163.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo), (ii) tiene naturaleza administrativa y actúa sometida a la tutela del Ayuntamiento de Bilbao (art. 2.2 de sus estatutos) con quien colabora en la ejecución del planeamiento, y quien revisa los acuerdos de los órganos de la Junta (artículo 15 de sus estatutos) y (iii) varios entes del sector público son los que los que nombran a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración; en concreto, el Consejo Rector está formado por un Presidente, que es el Director general de VISESA (perteneciente al sector público de la CAE) y de sus seis vocales, dos pertenecen al Ayuntamiento de Bilbao y otros dos a la Administración general de la CAE y la participación de las administraciones públicas o sector público asociado a ellas en la Junta de concertación asciende al 63,2699%.

1.5.2. BIZKAIKOA no está sujeta al OARC

Resolución 191/2019

El recurso especial objeto de la presente resolución se interpone frente al pliego de prescripciones técnicas que ha de regir el contrato de “Servicio de coordinación, programación y planificación de las labores para el funcionamiento de la Ferrería el Pobal, el Castillo de Muñatones y la Fábrica-Museo La Encartada, tramitado por BIZKAIKOA EPEF. De acuerdo con la información obtenida en la dirección web de la sociedad, BizkaikOA es una entidad pública empresarial de la Diputación Foral de Bizkaia, cuyo objeto social es promover la difusión del patrimonio cultural de Bizkaia, su sensibilización y fomento social, su gestión coordinada y bajo un prisma de eficiencia en la disposición de recursos, así como su preservación, conservación, salvaguarda, difusión y fomento de cara a las generaciones venideras. La letra a) del artículo 3.2 de la LCSP atribuye a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco el carácter de Administración Pública en lo que respecta a su actividad de contratación. Según el artículo 2 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 31/2018, de 13 de marzo, por el que se regula el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales corresponde al mismo el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos en los que sea parte la Diputación Foral de Bizkaia, su Administración Institucional y sus Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control. Consecuentemente, al ser el OARC incompetente para conocer del recurso procede inadmitirlo, de conformidad con lo preceptuado en la letra a) del artículo 55 de la LCSP.

1.5.3. El Instituto Foral de Bienestar Social no está sujeto al OARC

Resolución 221/2019

El recurso especial objeto de la presente resolución se interpone frente al pliego de prescripciones técnicas que ha de regir el contrato de “Servicio del Centro de Acogida y Urgencias IBAIA”, tramitado por el Instituto Foral de Bienestar Social, que es un organismo

autónomo adscrito al Departamento de Servicios Sociales de la Diputación Foral de Álava. La letra a) del artículo 3.2 de la LCSP atribuye a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco el carácter de Administración Pública en lo que respecta a su actividad de contratación. Según el artículo 2.1 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Álava 44/2010, por el que se regula el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales, corresponde al mismo el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control. Consecuentemente, al ser el OARC incompetente para conocer del recurso procede inadmitirlo, de conformidad con lo preceptuado en la letra a) del artículo 55 de la LCSP.

1.6. OTRAS CUESTIONES PROCESALES

1.6.1. La página web del poder adjudicador no cumple los requisitos exigidos al perfil ni se halla integrado en una plataforma de contratación

Resolución 62/2018

La primera cuestión planteada por el recurso es cuál es la normativa a la que debe sujetarse el contrato. Mientras el recurrente entiende que debe aplicarse la LCSP, el poder adjudicador y el alegante estiman que el contrato se rige por el TRLCSP, como se establece en los pliegos. La apreciación de este OARC/KEAO debe partir de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP (titulada “Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”), cuya literalidad es la siguiente:

Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

A la vista de esta redacción, es claro que el punto crítico del procedimiento de adjudicación que dirime si un concreto expediente debe registrarse por una u otra normativa es la publicación de la “correspondiente convocatoria”, de modo que la publicación hasta el 8 de marzo determina

la inclusión en el ámbito objetivo del TRLCSP y la publicación el día 9 de marzo⁴ o fecha posterior implica la sujeción a la LCSP. En el expediente consta que la publicación en el BOG se produjo el día 9 de marzo. Por lo que se refiere a la publicación en el perfil del contratante, el poder adjudicador afirma que en el punto 9 del anuncio (“Otras informaciones”), suscrito por la alcaldesa con fecha 2 de marzo, ya se señala que los pliegos de la licitación están disponibles en la página web del Ayuntamiento, lo que supondría una publicación anterior al 9 de marzo y, consecuentemente, la aplicación del TRLCSP. Este OARC/KEAO no comparte esta alegación; en primer lugar, la publicación de los pliegos no es ni puede identificarse en forma, contenido o finalidad con la publicación del anuncio de licitación, y en segundo lugar, no consta que la página web municipal señalada (www.astigarraga.eus) cumpla los requisitos técnicos legalmente exigidos al perfil del contratante, como contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo; tampoco consta la inserción del anuncio en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi o en la del estado (ver, por ejemplo, los artículos 53 y 334.5 del TRLCSP). Consecuentemente, el único anuncio de licitación de cuya fecha consta certeza es el publicado en el BOG de 9 de marzo, lo que supone que el régimen jurídico aplicable es el de la LCSP. Dado que la fecha de publicación del anuncio está señalada en la Disposición Transitoria Primera como un hecho objetivo, es irrelevante que tal fecha se haya podido retrasar por causas no imputables al Ayuntamiento. No obstante, no puede dejar de mencionarse que el envío del anuncio al BOG se produjo el 2 de marzo y que el artículo 12 de la Norma Foral 5/2007, de 27 de marzo, reguladora del BOG, modificada por la Norma Foral 1/2015, establece, para la publicación de la documentación remitida, un plazo general máximo de diez días hábiles contados a partir del siguiente al de su entrada en el registro y un plazo excepcional de tres días hábiles si el órgano remitente lo solicita como urgente (en este caso, consta que expresamente se calificó como “no urgente”), contados a partir del día hábil siguiente al registro o a la justificación del pago; por lo tanto, no puede decirse que haya habido retraso por parte del BOG.

La aplicación de la LCSP supone que debe anularse la cláusula 21 (por error, el recurso habla de la cláusula 31, que no existe), que en su apartado 1 establece que, para lo no previsto en los pliegos, el contrato se registrará por el TRLCSP. Aunque el recurso indica que la diferencia entre ambas normas es fundamental en materias esenciales, lo cierto es que, además de una referencia genérica a la solvencia, solo se menciona expresamente la diferente regulación del plazo máximo de los contratos de servicios de tracto sucesivo, que es de cinco años en el artículo 29.4 de la LCSP, lo que contradice la cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece un plazo máximo de 6 años. A partir de ahí, no es compatible con el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) ni con la propia naturaleza del recurso, que un procedimiento impugnatorio se convierta en una denuncia o solicitud de que este OARC/KEAO haga una revisión general del expediente a la búsqueda de infracciones de la LCSP que el recurrente no ha sido capaz de concretar (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC/KEAO).

⁴ Fecha de inicio de entrada en vigor de la LCSP (que se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 272 del día 9 de noviembre de 2017), según su Disposición Final Decimosexta.

1.6.2. La caducidad no es aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato

Resolución 125/2018

El único motivo que fundamenta la pretensión es que el procedimiento de adjudicación en el que se inserta el acto impugnado ha caducado, lo que conllevaría el archivo del procedimiento. A juicio de este OARC/KEAO, dicha pretensión debe desestimarse por no ser aplicable la figura de la caducidad a los procedimientos de adjudicación. A continuación se expresa el criterio de este Órgano sobre todo ello.

Es doctrina reiterada de los órganos y tribunales administrativos encargados de la resolución de los recursos especiales (ver, por todas, la Resolución 500/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), que este OARC/KEAO comparte, que la institución de la caducidad no es aplicable a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (cuestión distinta es la de su virtualidad en otros procedimientos previstos en la legislación contractual, como, por ejemplo, el de resolución del contrato). La razón principal es que el TRLCSP (como ahora la LCSP) no contempla la invalidez de la adjudicación por haber sido dictada una vez superado el plazo legalmente previsto. Ello implica que debe aplicarse el principio general contenido en el artículo 48.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, que establece que el dictado extemporáneo del acto solo conlleva invalidez cuando lo impone la naturaleza del citado plazo o término. En este caso, de la propia norma se puede deducir la inexistencia de vicio invalidante porque ella misma señala consecuencias diferentes de la anulabilidad (especialmente, indemnización, en su caso, y derecho a retirar la oferta con los requisitos del 161.4 del TRLCSP). Consecuentemente, el motivo de impugnación debe desestimarse.

1.6.3. Desistimiento de la solicitud de medidas provisionales de forma previa a la interposición del recurso especial

Resolución 013/2019

ÚNICO: El artículo 49 de la LCSP posibilita la solicitud y adopción de medidas cautelares antes de interponer el recurso especial en orden a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, si bien decaerán una vez transcurrido el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

En el supuesto que nos ocupa, el solicitante de la medida cautelar manifiesta que desiste de su petición y su voluntad de posponer la eventual interposición del correspondiente recurso especial en materia de contratación a un momento posterior del procedimiento de adjudicación.

Si bien la LCSP no contempla expresamente la finalización del procedimiento de recurso especial ni de sus procedimientos incidentales mediante el desistimiento, el artículo 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas (en adelante, LPA), aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad.

Por su parte, en lo que respecta al desistimiento, los apartados 4 y 5 del artículo 94 de la Ley 39/2015 establecen que La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento y que si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.

Este Órgano no observa la concurrencia de razones de interés general ni ninguna otra de las salvedades previstas en los apartados del artículo mencionado en el párrafo anterior que hagan conveniente su sustanciación, con lo que entiende que procede admitir el desistimiento y declarar concluso el procedimiento.

1.6.4. Tramitación del recurso conforme a su verdadera naturaleza

Resolución 017/2019

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y, si bien el recurrente lo ha denominado “recurso de alzada”, debido a que el poder adjudicador ha dado este pie de recurso en la notificación del acuerdo de exclusión, ello no obsta a su tramitación conforme a su verdadero carácter, según dispone el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, norma por la que se rige el procedimiento del recurso especial en materia de contratación, a salvo de las especialidades establecidas en el artículo 56 y siguientes de la LCSP.

1.6.5. Requisitos para que un escrito sea considerado un recurso

Resolución 031/2019

La primera cuestión que debe plantearse este Órgano es la verdadera naturaleza del escrito presentado por CANON ESPAÑA, S.A. No consta en él la intención que caracteriza a cualquier recurso, que es la de impugnar un acto para conseguir que se declare que éste adolece de vicios de invalidez (artículo 112.1 de la Ley 39/2015), o dicho de otro modo, debe constar una pretensión de expulsar del mundo jurídico un acto nulo o anulable o, en su caso, de modificarlo o de sustituirlo (ver, por ejemplo, la Resolución 39/2017 del OARC/KEAO). En este caso, no se plantea pretensión impugnatoria alguna, de tal forma que el escrito concluye con un escueto En

espera se sus noticias. En este sentido, revisado también el resto del documento, se observa que se formulan diferentes comentarios sobre los apartados de los pliegos, refiriéndose, unos, a la conculcación de varios principios de la contratación (principios de libre concurrencia, no discriminación e igualdad de trato) y, otros, a las prescripciones técnicas de los equipos, de tal forma que, en algunos casos, parecen la exposición de las dudas de la empresa sobre su contenido y alcance, y en otros casos, meros comentarios críticos sin verdadera intención de anular decisiones ilegales. En definitiva, no nos encontramos ante un recurso especial de los regulados en los artículos 44 y siguientes de la LCSP y no puede tramitarse como tal, por lo que de acuerdo con el artículo 55 a) de la LCSP procede su inadmisión.

Adicionalmente a lo referido, si bien por si mismas no constituyen motivo para descartar que un escrito sea realmente un recurso, cabe resaltar que el que nos ocupa tiene la estructura formal de una carta, no efectúa alegaciones o denuncias sino que (...) expone los siguientes puntos, no se identifica en ningún momento como un escrito de recurso y no se dirige a este Órgano resolutorio.

1.6.6. Incumplimiento de la obligación de no adoptar decisiones mientras el procedimiento esté suspendido con ocasión de un recurso especial

Resolución 065/2019

(...)

3. La modificación del cuadro del Anexo II.2 del PCAP se publicó en el perfil de contratante el 31 de agosto de 2018, cuando el procedimiento de adjudicación se hallaba suspendido por la Resolución B-BN 29/2018, de 27 de julio, de este OARC/KEAO como consecuencia de la medida provisional adoptada para preservar el efecto útil del recurso especial interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro (de la que se informó a través de una nota en el propio perfil de contratante) pero que, sin embargo, no afectaba al plazo de presentación de ofertas, que finalizaba el 7 de septiembre de 2018; fecha en la que el procedimiento de adjudicación se hallaba aún suspendido pues la medida provisional fue levantada por la Resolución 124/2018 de 28 de septiembre. Consecuentemente, el poder adjudicador incumplió su obligación de no adoptar decisión o actuación alguna mientras durara la suspensión. Esta actuación supone una infracción del principio de seguridad jurídica, ya que supone un incumplimiento de la garantía de que las condiciones a las que se debe sujetar la oferta serán las especificadas y aprobadas antes de la suspensión del procedimiento.

Consecuentemente, una actuación como la efectuada por el poder adjudicador resulta contraria al principio de transparencia y al de seguridad jurídica lo cual supone que la información contenida en el cuadro publicado el 31 de agosto de 2018 no le puede ser opuesta a la recurrente y, por consiguiente, el que su oferta no se ajuste a dicha información no pueda ser la causa de exclusión de su propuesta contractual. b) Sobre el requerimiento de subsanación

y su

1.6.7. “Adhesión al recurso”

Resolución 091/2019

Por lo que se refiere al escrito de “adhesión al recurso” presentado por UHINA, debe señalarse que tal figura no existe en la regulación del recurso especial. Por otro lado, por mucho que el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establezca que el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter, lo cierto es que el citado escrito no satisface ni siquiera los requisitos que el artículo 51.1 de la LCSP establece para el escrito de interposición del recurso especial; en particular, no concreta el motivo que fundamenta la impugnación, pues únicamente consta una remisión genérica a que los motivos de la exclusión de UHINA son los mismos que los del recurso de GEODA y que se adhieren a él. Como mucho, ello serviría para identificar los términos jurídicos del debate, pero no los hechos particulares del caso ni la aplicación de aquellos a estos últimos. Consecuentemente, se trata en realidad más de un intento de que, previa denuncia (artículo 62 de la Ley 39/2015), este Órgano inicie un procedimiento sobre hechos que solo se mencionan muy vagamente, que, de un auténtico escrito impugnatorio, por lo que no corresponde al OARC/KEAO pronunciamiento alguno al respecto.

1.6.8. “Alegaciones complementarias” que tienen la naturaleza de un nuevo recurso

Resolución 219/2019

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son impugnables los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la exclusión de ofertas; en este caso se recurre el acuerdo de la Mesa de Contratación de 12 de septiembre de 2019 (notificado el 23 de septiembre) por el que se excluye la proposición de la UTE KBUS. Las Alegaciones complementarias incluyen también la impugnación de la admisión de la oferta de la UTE BARAKALDO BUS; a juicio de este Órgano, la verdadera naturaleza jurídica de esta pretensión es la de un recurso especial contra un acto distinto del planteado en el escrito «principal» del día 10 de octubre, por lo que se tramitará en un procedimiento distinto (EB 2019/201), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

1.6.9. Personas jurídicas. Representación y acuerdo del órgano competente sobre la interposición del recurso

Resolución 093/2019

Consta en el expediente la representación de Dña. I.E.E., que actúa en nombre de ELA. Alega el poder adjudicador que falta la acreditación del acuerdo expreso de entablar la acción de acuerdo con las normas o estatutos del sindicato. En definitiva, se alega que se ha omitido la adopción, por medio del órgano competente, de un acuerdo o decisión específica ordenando la interposición del recurso especial en materia de contratación contra los pliegos impugnados, como exige el artículo 45.2 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para interponer el recurso contencioso administrativo.

En su Resolución 051/2016 el OARC/KEAO concluyó que la presentación del referido documento no es preceptiva para la interposición del recurso especial. La argumentación contenida en esta resolución, si bien referida al derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resulta plenamente aplicable con la LCSP. En particular:

- El artículo 51.1 a) de la LCSP, que establece los documentos que deben acompañar al recurso, en su letra a), que tiene igual redacción que el derogado artículo 44.4. a) del TRLCSP, únicamente exige que se presente el documento que acredite la representación del compareciente.
- El artículo 24.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto y no menciona la obligación de presentar documento adicional alguno.
- Conforme al artículo 56.1 de la LCSP el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA,) la cual, al igual que la derogada Ley 30/1992, tampoco exige este requisito para la presentación de los recursos administrativos (artículos 115 y 116).

Consecuentemente, no figurando de forma expresa ni en la LCSP ni en la LPA la presentación del acuerdo o decisión específica del órgano competente ordenando la interposición del recurso especial, no resulta preceptiva su solicitud ni se puede basar la inadmisión del recurso en su omisión. Téngase en cuenta que la garantía del “efecto útil” del recurso especial impide exigir mayores requisitos procesales para su ejercicio que los exigidos en las normas que lo regulan, y que, como recurso administrativo que es, se caracteriza por su antiformalismo.

1.6.10. Sobre el acceso al expediente

Resolución 050/2019

La solicitud de acceso al expediente se halla regulado en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por la que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. La finalidad que se persigue mediante este procedimiento es la de evitar la indefensión en el recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica, como indica, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) 436/2017; para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (como la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución nº 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. En concreto y en el presente caso, el reproche se refiere a que no se le ha facilitado el acceso al expediente por parte del poder adjudicador. Este afirma que no tuvo conocimiento de dicha solicitud hasta la interposición del propio recurso, dado 11/13 que la aplicación de licitación electrónica, medio por el que se realizó la solicitud, carece de un sistema de alertas que permita conocer en todo momento las comunicaciones con los licitadores. Al margen de dicha justificación, lo cierto es que el órgano de contratación tiene la obligación de poner de manifiesto el expediente a los interesados que lo soliciten con el límite del derecho a la confidencialidad de las ofertas previsto en los artículos 56.5 y 133 de la LCSP. No obstante lo anterior, este Órgano resolutorio viene señalando también que la denegación del acceso al expediente solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado, y en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC/KEAO), de modo que si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP, como ocurre en el presente caso, no puede alegarse dicha indefensión. En este sentido, en el expediente consta que, en el perfil del contratante del poder adjudicador, con anterioridad al vencimiento del plazo de recurso, se han publicado los informes y actas relativas al procedimiento de licitación en las que se recogen, siquiera sintéticamente, las aclaraciones presentadas por las adjudicatarias y a las que el recurrente pretende acceder lo que, a su vez, ha permitido al recurrente formalizar un recurso debidamente fundado. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras, a las que GERTEK también pretende acceder, no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda

obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora, como señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 329/2016, de 22 de diciembre. Finalmente, no se ha acreditado el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que esta denegación de acceso al expediente ha podido suponer, sobre todo a la vista de que en la notificación del acuerdo de adjudicación se menciona que los informes técnicos (motivación in aliunde), suficientemente motivados a juicio de este Órgano, se encuentran publicados en el perfil del contratante. En definitiva, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a su petición de acceso al expediente (ver, en este sentido Resolución 37/2018 del OARC/KEAO).

Resolución 057/2019

El recurrente ha solicitado acceso a las ofertas del contrato al objeto de poder ampliar el recurso. Este OARC/KEAO considera que no procede dar cauce a esta petición porque la recurrente solicita acceso a una información facilitada por sus competidores que él mismo ha considerado que es confidencial (recursos humanos, plan de mantenimiento preventivo, plan de mantenimiento predictivo y plan de mantenimiento correctivo) y porque ha podido presentar un recurso fundado en derecho con argumentos suficientes derivados de la motivación obrante en los diferentes informes y documentos del expediente de contratación a los que ha tenido acceso (en relación con la motivación y el acceso al expediente, ver las Resoluciones 047/2015, 130/2015 y 90/2017 del OARC/KEAO).

Resolución 178/2019

(...) la petición solo menciona expresamente dos documentos (o tipos de documentos), que no pertenecen a la oferta de la UTE adjudicataria sino que se refieren a actuaciones del procedimiento de adjudicación:

1. Por lo que se refiere al acta de la reunión del 18 de julio en la que se decidió la adjudicación del contrato, en el expediente consta la Resolución de adjudicación de dicha fecha, dictada por la Comisión Delegada del Consejo de Administración de ETS; consta igualmente que la Resolución fue remitida a los componentes de la UTE recurrente con fecha 22 de julio (de hecho, la UTE recurrente la adjunta al escrito de recurso). En ella solo hay una mención al debate objeto del presente recurso, la cual señala brevemente que “en aplicación de los principios básicos de la normativa de contratación pública y los criterios que establece la jurisprudencia considera que el plazo de la oferta presentada es de 37 meses, en vez de los 41 meses que también fueron indicados en la documentación incluida en el sobre B, de conformidad al escrito presentado por los integrantes de esta UTE con fecha 7 de junio de 2019”. Existe también un documento denominado “Acta de la sesión de la Comisión Delegada del Consejo de Administración en materia de contratación, celebrada el 18 de julio de 2019”, que solo trata del contrato impugnado en su punto 6.1 y simplemente para dar cuenta de que se ha acordado su adjudicación en los mismos términos contenidos en la Resolución anteriormente citada.
2. En cuanto a “los informes o documentos internos generados en el seno del órgano de contratación a raíz del escrito presentado por la adjudicataria para tratar de aclarar

determinados extremos de su oferta”, no consta en el expediente remitido a este Órgano ningún documento que satisfaga esta descripción. A la vista de todo ello, no consta qué aportaría a la correcta elaboración o compleción del recurso (finalidad del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP y en el RPE) el acceso solicitado; por el contrario, es claro que el recurso está ampliamente fundado, lo que denota que la recurrente ha obtenido información suficiente de los documentos del expediente a los que ha podido acceder y de la propia motivación del acto impugnado para plantear los términos del debate sobre la legalidad de la adjudicación. Consecuentemente, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a la pretensión.

2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. IGUALDAD DE TRATO

Resolución 186/2018

Por lo que se refiere al reproche de que los subcriterios mencionados en el punto b3) anterior están diseñados en beneficio de la actual adjudicataria del contrato, dado que dicha empresa se halla en una situación de ventaja respecto del resto de los licitadores por ser la que dispone de toda la información cierta y actualizada de los diferentes espacios y elementos a inventariar, debe señalarse que en todos los contratos de tracto sucesivo en los que la entidad adjudicadora decide iniciar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato que ha sido ejecutado hasta ese momento por un único contratista, la ventaja de la que éste último goza es, en realidad, inevitable y constituye de alguna manera una ventaja inherente de facto. La citada ventaja solo se podría suprimir prohibiendo la participación de la empresa en el procedimiento, incluso como subcontratista, lo que de ningún modo cabe en la legislación sobre contratación pública. No obstante, dicha supuesta ventaja sería ilegítima si de los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario o durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil para la elaboración de la oferta. Además, los principios de igualdad de trato y transparencia implican la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones y dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C 470/99, Rec. p. I 11617, apartado 93, y de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C 213/07, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada), lo que conlleva que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se debe poner, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, que la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata, lo que podría compensar hipotéticas ventajas del proveedor anterior de la prestación licitada (ver las resoluciones 58/2012 y 6/2016 del OARC/KEAO).

Aplicando estos principios al caso analizado, no cabe duda que el actual adjudicatario del contrato sería el licitador que mejor conoce la realidad de los espacios verdes a mantener y sus necesidades, lo cual le concede una ventaja competitiva respecto al resto de potenciales licitadores que únicamente puede ser neutralizada por el poder adjudicador facilitando al resto de licitadores la información necesaria para que puedan efectuar una oferta en condiciones de igualdad. En este sentido, resulta contrario a los principios de igualdad de trato y transparencia, así como desproporcionado por justificar sin motivo suficiente al anterior prestador, imponer

a los licitadores la labor de realizar un estudio exhaustivo de la realidad física del espacio a mantener, que, además, el propio órgano de contratación tiene el deber de conocer (el artículo 32 de la Ley de Patrimonio del estado exige que las entidades locales dispongan de un inventario de sus bienes de dominio público) y, por consiguiente, de facilitar a los licitadores.

Resolución 59/2019

Ajuicio de este OARC/KEAO, el motivo de impugnación debe ser aceptado y la cláusula anulada. No cabe que la experiencia a valorar sea exclusivamente la adquirida en la administración local, tal y como lo solicita el PCAP, pero ni siquiera es admisible que lo sea la adquirida en cualquier administración pública, cuando la influencia en la calidad de la prestación que implica que el personal que la ejecute haya realizado anteriormente tareas similares (artículo 145.2.2º de la LCSP) puede acreditarse también mediante servicios prestados al sector privado, igualmente afectado por la normativa urbanística o medioambiental objeto del contrato (por ejemplo, promotores, constructores, propietarios o ciudadanos en general sobre los que se ejercen las competencias administrativas sobre la materia y que pueden requerir también ayuda profesional), tal y como ya señaló este OARC/KEAO en su Resolución 62/2018. Debe añadirse que la cláusula es contraria a Derecho en virtud del artículo 40 b) de la LCSP que considera anulables Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. Téngase en cuenta que este precepto es una especificación del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1 de la LCSP) que, entre otras cosas, prohíbe que un criterio de adjudicación otorgue ventajas injustificadas a ofertas que aportan ventajas sustancialmente iguales.

Resolución 90/2019

El recurrente considera que el criterio de adjudicación referido al diseño de las nuevas marquesinas es ilegal por ser contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre concurrencia, incumpléndose, por tanto, la letra b) del apartado 5 del artículo 145 de la LCSP, que dispone que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Considera que resulta evidente que existirá un licitador (el instalador de la marquesina actual) que va a tener la máxima puntuación pues sólo él puede presentar una marquesina con el mismo diseño que la actual.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 manifiesta que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional, deben respetar el principio de no discriminación (apartado 49) y que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea deben reunir cuatro requisitos (apartado 25): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado se observa que este es, en principio, no discriminatorio, ya que se exige en términos abstractos, iguales para todos los licitadores y sin diferenciar en razón de sus circunstancias personales (domicilio social, nacionalidad, etc.) o del origen o procedencia geográfica de los bienes. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es el de que la similitud de las nuevas marquesinas con las anteriores contribuya a asegurar la coherencia territorial y el urbanismo igualitario, evitándose así desigualdades por razones diversas (económicas, históricas u otras). Asimismo, parece adecuado exigir un diseño estético de las marquesinas similar al actual, dado que los elementos que constituyen el mobiliario urbano en el espacio público son fundamentales para la definición de la ciudad. Debe tenerse en cuenta que actualmente existen ya 222 marquesinas iguales y ahora se requiere de la instalación de 20 nuevas similares a aquellas. Además, son elementos de un servicio público (transporte) que como tales deben ser perfecta y fácilmente identificables. De la misma forma, el requisito parece adecuado y proporcionado a su finalidad, sin que vaya más allá de lo necesario para satisfacerla, pues se configura como criterio de adjudicación y no como criterio de admisión (por lo que no impide a ningún operador la presentación de una oferta) y se exige semejanza y no identidad total. Finalmente, la ponderación de hasta 15 puntos (sobre 40 para los criterios subjetivos y sobre 140 para el total de los criterios) no se puede considerar desproporcionada a la importancia del criterio, permitiendo además, en principio, a cualquier licitador la obtención de algún punto, salvo grosera falta de similitud; tampoco se estima desmedido el límite eliminatorio de 20 sobre 40 puntos en los criterios subjetivos, pues de dicho límite forman parte otros criterios y, además, como ya se ha expresado, nada impide a cualquier proposición que incluya un producto similar a la marquesina original obtener alguna puntuación. Por todo ello, este Órgano considera que no puede aceptarse el motivo impugnatorio.

Resolución 95/2019

Por otro lado, la afirmación de que el criterio es discriminatorio se basa únicamente en que Correos ya dispone de los sistemas que se valoran, mientras que otros licitadores tendrían que introducirlos. Este argumento no es aceptable. El recurrente, que no discute que el criterio cumpla con los requisitos generales legalmente exigibles (especialmente, la vinculación al objeto y la identificación de un aspecto ventajoso de la prestación), no ha acreditado que la intención del poder adjudicador sea beneficiar arbitraria o desproporcionadamente a una empresa concreta en perjuicio de sus competidores, sin que sea suficiente para ello la mera afirmación de que es un criterio más fácil de cumplir para la empresa que ya dispone de los sistemas, pues ello es un efecto común a cualquier criterio de adjudicación y a la misma existencia de un mercado abierto en el que existen empresas con características y estrategias de todo tipo (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC/KEAO).

Resolución 103/2019

Resulta del todo discriminatorio exigir únicamente la autorización de tratamiento y/o transporte de residuos expedida por la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca cuando la eficacia de dicha autorización, con independencia de la Comunidad Autónoma que la haya expedido, es la de todo el territorio español. De esta manera, se está estableciendo una barrera de entrada a todas aquellas empresas que no están ubicadas en la Comunidad Autónoma del

País Vasco, pues nunca podrán obtener la autorización solicitada en la cláusula 2.3 del PBT a pesar de que su autorización las habilita a operar en todo el territorio español, incluido el de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Estas conclusiones no se oponen a los principios de proximidad y suficiencia en los que pudiera basarse la eliminación de los residuos objeto del contrato impugnado, pues debido a la reducida dimensión territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi bien pudieran entrar en escena posibles instalaciones ubicadas en otras comunidades autónomas limítrofes, pudiendo respetarse estos principios en el contrato a través de estipulaciones diferentes a las debatidas.

2.2. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Resolución 138/2018

El recurrente achaca al poder adjudicador, y éste lo admite, que no se le ha facilitado la información sobre los datos de consumo, o lo que es lo mismo, el número aproximado de pernотaciones o transportes por cada uno de los precios a ofertar.

Lo cierto es que los documentos contractuales no arrojan ninguna información sobre este extremo y ello en contra de lo dispuesto en el artículo 68.1 b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, 12 de octubre, que exige que el PPT incluya el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar. Esta obligación de señalar un número estimado de unidades en el PPT del contrato es una especificación del deber de transparencia que se le impone al poder adjudicador como forma de prevenir el riesgo de generar desigualdades entre licitadores (artículo 1 y 132 LCSP) y que implica que se les facilite toda la información relevante para formular una oferta.

Es cierto, como afirma el poder adjudicador, que este contrato tiene la dificultad de que en la documentación del contrato no se pueden definir con exactitud las unidades que efectivamente se van a demandar tras su adjudicación. No obstante, el órgano de contratación habrá calculado el valor estimado del contrato sobre unas previsiones y, en todo caso, cuenta con información sobre el número, modo y lugares de desplazamiento de años anteriores. Por otra parte, esta previsión no implica un compromiso de consumo de un número mínimo de prestaciones, ya que es perfectamente posible configurar un contrato de servicios por precios unitarios en función de las necesidades reales que vayan surgiendo al poder adjudicador sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato (ver, en este sentido, la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP) y el poder adjudicador es consciente de ello porque la cláusula 1 párrafo tercero del PCAP se expresa en dicho sentido.

No puede prosperar la alegación del poder adjudicador de que la valoración ponderada de los criterios de adjudicación equivale a la información solicitada por el recurrente, ya que nos encontramos ante informaciones que no pueden ser comparadas porque miden cosas diferentes y obedecen a finalidades diferentes. Así, mientras que el número estimado de las unidades que se van a demandar durante el plazo de ejecución del contrato tiene por finalidad la de que los licitadores puedan preparar una oferta competitiva, la ponderación de los criterios de adjudicación tiene por finalidad dar transparencia al proceso de análisis y comparación de

las ofertas mediante la expresión del peso que tendrá cada criterio de adjudicación en la toma de decisión.

Tampoco puede ser aceptado el argumento del poder adjudicador de que con esta información el recurrente tendría una ventaja competitiva respecto del resto de los licitadores, pues facilitar dicha información es una obligación legal y, además, conforme al punto 26 de la carátula del PCAP los licitadores pueden solicitar información adicional sobre los pliegos y documentación complementaria que se debe publicar en el perfil del contratante (artículo 138.3 LCSP y la cláusula 10.2.16 del PCAP). Consecuentemente, la información facilitada debería ser publicada en el perfil de contratante con lo que sería accesible a todo potencial licitador interesado en participar en el procedimiento.

Resolución 163/2018

Este Órgano ha venido señalando (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 y la jurisprudencia europea que en ella se cita) que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la verdadera voluntad del poder adjudicador mediante criterios interpretativos aplicados a cláusulas contradictorias o imprecisas, castigándole con una grave consecuencia (en este caso, la exclusión de su oferta) si no tiene éxito en la tarea o si la conclusión obtenida no es la misma que la sostenida por el órgano de contratación (ver el artículo 1288 del Código Civil).

Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver la Resolución 140/2017 del OARC/KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita). A juicio de este OARC/KEAO, llegar a comprender que la verdadera intención de la Administración es establecer un servicio de 3 horas diarias, como pide la versión en euskera, no requiere un trabajo hermenéutico precisado de herramientas jurídicas complejas, ni tampoco un exhaustivo análisis sistemático de las cláusulas oscuras (ver, como ejemplo contrario, las Resoluciones 44 y 68/2018 del OARC/KEAO). Por el contrario, esta conclusión se deduce claramente del hecho de que otra cláusula relevante del PPT distinta de la contradictoria, y en ambas versiones lingüísticas, establezca esta condición (ver el apartado V del PPT, reproducido más arriba). Especialmente significativo es que el cuadro adjunto a la estipulación debatida sea también concordante con esta interpretación, pues solo así se explica que hable de 199 días y 597 horas ($199 \times 3 = 597$), cantidades incompatibles con una prescripción de 3 horas por semana, y que en ningún otro apartado del PPT pueda encontrarse una referencia acorde con la interpretación de que se piden 3 horas por semana, lo que deja claro que es la versión en castellano la que obedece a un error. El recurrente no planteó la duda al poder adjudicador mediante la oportuna consulta, a pesar de que la contradicción era evidente.

También se considera relevante el hecho de que BPXPORT elaboró su oferta en euskera, precisamente la lengua en la que se expresó la voluntad real de la Administración, siendo extraño por lo tanto que pretenda acogerse a la versión en castellano. Debe añadirse que no parece conforme con el principio de proporcionalidad que, ante una contradicción tan fácilmente resoluble (y antes que eso, tan fácilmente detectable y, por lo tanto, posible objeto de una sencilla consulta aclaratoria), se acepte una oferta tan alejada de las necesidades mínimas del poder adjudicador y que, además, podría por esa razón ganar ilegítimamente ventaja frente a otros licitadores en la ponderación del precio como criterio de adjudicación, como bien indica el Ayuntamiento de Arrasate en su informe de respuesta al recurso.

Resolución 169/2019

A juicio de este OARC/KEAO, llegar a comprender que la verdadera intención de la Administración es distribuir los puntos de cada subcriterio establecidos con claridad en el PCAP utilizando la misma fórmula que la de la “propuesta económica”, como señala el propio apartado 13 del PCAP, no requiere un trabajo hermenéutico precisado de herramientas jurídicas complejas, ni tampoco un exhaustivo análisis sistemático de las cláusulas oscuras (ver, la Resolución 128/2019 del OARC/KEAO). Por tanto, a juicio de este Órgano la remisión a la “fórmula anterior” es una imprecisión que pudo ser fácilmente subsanable a través de una lectura detenida de los pliegos o mediante la oportuna consulta ante el poder adjudicador que la recurrente no efectuó y, por lo tanto, esta no puede obtener el amparo que el principio de transparencia concede al licitador diligente (ver, Resolución 123/2019 de este Órgano).

2.3. LIBERTAD DE ACCESO

Resolución 78/2019

Además, todo ello supone la conculcación del mandato de igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación (artículo 126.1 de la LCSP), que no es más que una especificación del principio general de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (artículo 1 de la LCSP), respecto de los cuales el TJUE ha declarado que revisten una importancia crucial en lo que se refiere a las especificaciones técnicas, debido a los riesgos de discriminación vinculados a la elección de estas, es decir, a la manera de formularlas (véase, en lo que respecta a la Directiva 2004/18, la sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, EU:C:2012:284, apartado 62 y en lo que respecta a la Directiva 2014/24 y la sentencia de 25 de octubre de 2018 anteriormente citada, apartado 34).

2.6. OTROS

2.6.1. Libertad de pactos

Resolución 102/2019

No procede aceptar el motivo impugnatorio sobre la aplicabilidad del artículo 184.2 de la LCSP, relativo al abono de una compensación por el trabajo desarrollado por los participantes en los concursos de proyectos. (...) Sin perjuicio de que, en su caso, una estipulación como la debatida podría tener cabida en el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 34.1 de la LCSP, lo cierto es que no existe un derecho del recurrente a exigir su inserción en los pliegos (de hecho, el abono de compensaciones es discrecional, y no preceptivo, incluso en el concurso de proyectos).

2.6.2. Proporcionalidad

Resolución 112/2019

A partir de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre las medidas nacionales que pueden dificultar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados de la Unión Europea (UE), el OARC/KEAO ha venido señalando los requisitos que deben cumplir las cláusulas contractuales o del procedimiento de adjudicación (criterios de admisión o de adjudicación, condiciones de ejecución, etc.) para poder ser consideradas conformes a los principios de igualdad de trato, libre acceso y salvaguarda de la libre competencia que establecen los artículos 1.1 y 132 de la LCSP a pesar de tener la virtualidad de impedir o dificultar el acceso a la licitación a ciertas empresas o tipos de ellas (ver, por ejemplo, la sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C.2005:644 y las Resoluciones 84/2017 y 58 y 179/2018 del OARC/KEAO). Los citados requisitos son, en síntesis, que las cláusulas deben (i) aplicarse de manera no discriminatoria, (ii) estar justificados por razones imperiosas de interés general, (iii) ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

3. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN

3.1. OPERADORES ECONÓMICOS

3.1.1. Centros especiales de empleo

Resolución 130/2018

En síntesis, dado que no se duda de que los pliegos impugnados se ajustan a la normativa nacional (Disposición Adicional Cuarta de la LCSP), la única argumentación legal que podría llevar a la estimación del recurso sería considerar, como pide CONACEE, que la aplicación de dicha normativa debe desplazarse en favor del efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/20/UE, lo que permitiría el acceso al contrato a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa empresarial. En su caso, la recurrente invita al OARC/KEAO a que, si lo cree necesario, plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) para materializar el efecto directo invocado y, en consecuencia, el éxito del recurso.

Para determinar la viabilidad de la argumentación del recurrente, este OARC/KEAO debe, en primer lugar, verificar si el citado artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE satisface los requisitos para gozar de efecto directo, cuestión que se analiza en la letra siguiente.

- c) Sobre el posible efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE y la corrección de su transposición en la LCSP

La naturaleza, alcance y requisitos del efecto directo fueron analizados en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, elaborado por los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales⁵. De dicho documento se deduce que la Directiva es una norma del derecho derivado de la UE que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse

5 Disponible en el siguiente enlace:
http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf

de forma incompleta, selectiva o parcial. Sin embargo, se trata de un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo sin que se haya incorporado su contenido, la consecuencia jurídica más relevante es que, si se cumplen ciertos requisitos, la Directiva tiene efecto directo, de modo que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado a su aplicación, desplazando en su caso la norma nacional que la contradiga. Por lo que interesa al caso, es especialmente importante señalar que entre los citados requisitos figura que la norma de la Directiva alegada contenga un mandato claro, preciso e incondicionado que el legislador nacional no ha respetado en la transposición al derecho interno (o que, simplemente, no ha traspuesto). Carecen de este requisito los preceptos cuyo contenido puede o no incorporarse al Ordenamiento nacional en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores sí cumplen esta condición.

La citada doctrina debe aplicarse al artículo 20.1 de la Directiva 2014/24/UE, que dice así:

Artículo 20. Contratos reservados

1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

La justificación de esta reserva se contiene en el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, en virtud del cual:

El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

Esta opción se incorpora al derecho interno vigente en la Disposición adicional cuarta de la LCSP, cuya literalidad es la siguiente:

Disposición adicional cuarta. Contratos reservados.

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

(...)

Debe destacarse que la reserva se refiere a los centros especiales de empleo de iniciativa social y que la propia LCSP en su Disposición Final decimocuarta introduce un apartado cuarto al art. 43 del TRLGDP, en la que define este tipo de centros especiales de empleo en los siguientes términos:

Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

A juicio de este OARC/KEAO, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no establece un mandato claro e incondicionado⁶, se trata de una posibilidad de transposición (“podrá”) que el estado miembro puede o no ejercer, de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (que supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos capacitados con independencia de su forma o características legales u organizativas) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta. Con más razón, una vez tomada la opción de transposición, el legislador goza de un margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar en el derecho interno lo que se entenderá por operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas. La existencia de dicho margen descarta que nos hallemos ante un mandato preciso, claro e incondicionado merecedor de efecto directo.

También ha de descartarse que la transposición haya sido incorrecta por traspasar los límites del margen de actuación que ampara al estado miembro en esta tarea, sea por no respetar el núcleo necesario del precepto (que el recurso parece extender hasta negar la existencia de margen discrecional alguno), indisponible por ese margen, o por elaborar una incorporación fraudulenta por contraria a la intención de la Directiva (por ejemplo, mediante su transposición parcial, incompleta o selectiva). En particular, este Órgano estima que la incorporación del concepto operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas efectuada por la LCSP es plenamente respetuosa con la Directiva. En síntesis, el legislador nacional ha querido que en ese término se incluyan solo los Centros Especiales de Empleo que se caractericen por (i) ser promovidos y participados en más de un 50 por ciento por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos y (ii) obligarse a la reinversión íntegra de sus beneficios en favor de las personas discapacitadas, bien sea en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

Esta incorporación de la Directiva, ciertamente no la única posible, no es, sin embargo jurídicamente reprochable. Es difícil negar que el hecho de que una entidad promovida por otras sin ánimo de lucro y que se obliga a reinvertir todos sus beneficios en la finalidad social que le es propia (lo que, en negativo implica, por ejemplo, un compromiso de no repartir dividendos entre los titulares de su capital social) tiene rasgos que la diferencian significativamente de otras entidades que no las cumplen (aunque sean Centros Especiales de Empleo) y que justifican el diferente tratamiento legislativo; indudablemente, tales rasgos son un baremo perfectamente aceptable para determinar si se satisface o no el requisito de la Directiva de tener como principal objetivo la integración social y profesional.

También debe tenerse en cuenta que el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos, se refiere expresamente a empresas sociales. Este concepto carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales, y las distintas tradiciones lingüísticas,

⁶ En este sentido se manifiestan los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”.

culturales y jurídicas de los países miembros le han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión. Como puede comprobarse, se trata de una definición similar a la que la LCSP hace de los Centros beneficiarios de la reserva que se debate.

Por todo ello, no cabe entender que el artículo 20.1 goza del efecto directo que invoca el recurrente, que entiende que dicho precepto establece que deben incluirse necesariamente en el ámbito de la norma de transposición las empresas de inserción de iniciativa empresarial.

d) Sobre la discriminación de los Centros Especiales de Empleo distintos de los de iniciativa social

Finalmente, hay que señalar que no cabe estimar la alegación de que la reserva efectuada a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social es discriminatoria y contraria a la competencia. Como bien explica el citado Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, la reserva ya es, de por sí, una discriminación positiva que supone una excepción, justificada por razones sociales, a los principios de igualdad de trato, libre acceso a las licitaciones y libre competencia en los que se basa el Derecho de la Unión en materia de contratación pública; a partir de ahí, el legislador se ha limitado a determinar el ámbito subjetivo de dicha discriminación positiva, y a juicio de este OARC/KEAO, lo ha de modo conforme a la Directiva.

Resolución 35/2019

Además de lo señalado en la letra a) anterior, la afirmación de INTEGRA de que su oferta puede acogerse al inciso programas de empleo protegido no se ajusta a lo dispuesto en esta materia en la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP. Sin perjuicio de la poca claridad del término que, como sucede en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP utiliza pero cuyo significado no se explica ni en ella ni (a diferencia de lo que sucede con los CEE) en la legislación sectorial, lo cierto es que la palabra programa evoca la existencia de un instrumento jurídico previo (disposición general o, al menos, acto plural) que delimite los términos y condiciones cuyo cumplimiento permitirá reconocer sucesivas actuaciones singulares como amparadas en dicho programa, con las consecuencias legales que ello implica. Así, la citada Disposición habla de la normativa de referencia de los programas. En este caso, es significativo que los pliegos no contengan mención a programas concretos ni a normativa alguna que los determine, y que ni INTEGRA ni el poder adjudicador aportan en sus alegaciones información al respecto.

(...)

Como reconoce en sus alegaciones la propia INTEGRRA, la adjudicataria impugnada carece de la condición de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción, única condición que permite acceder a la licitación, por lo que su proposición debió ser excluida. Debe recordarse que el artículo 65.1 de la LCSP establece que, cuando por así determinarlo la normativa aplicable, se requieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo (ver también el apartado 21.1.11 del PCAP). En este caso, INTEGRRA facilitó en el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), tal y como prevé el artículo 140.1 de la LCSP, la prueba preliminar de poseer las características personales exigidas para tomar parte en la licitación (página 3). Sin embargo, no consta que, después de haber sido designada su oferta como la más ventajosa, haya acreditado dichas características.

Resolución 129/2019

El apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP (en adelante, DA 4ª de la LCSP) establece, en síntesis, que, mediante Acuerdo del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100. El recurrente alega que la reserva impugnada es desproporcionada y restrictiva de la competencia; a juicio de este OARC/KEAO, este motivo de impugnación debe rechazarse por las razones que se exponen a continuación:

1. La DA 4ª de la LCSP no establece ningún límite al tipo o al importe de los contratos que pueden acogerse a ella; es más, como bien señala el poder adjudicador, el Acuerdo sobre contratos reservados fija los objetivos mínimos que deben alcanzar en la materia las entidades incluidas en su ámbito de aplicación, pero no impide que puedan efectuar reservas que superen los porcentajes en él previstos o que se refieran a contratos cuyo objeto (determinado según el CPV) no está comprendido en él (ver, por ejemplo, el informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).
2. Se observa que no hay una justificación expresa de la decisión de reservar el contrato, como pide el artículo 116.4 a) de la LCSP que, a juicio de este Órgano, debe entenderse que no se refiere únicamente a los motivos para seleccionar uno de los procedimientos

previstos en el artículo 131 de la LCSP, sino también a las cuestiones procedimentales que, como la analizada, son relevantes para limitar a un cierto tipo de operadores económicos el acceso al contrato. No obstante, la falta de motivación es una irregularidad puramente formal, pues ni impide al acto alcanzar su finalidad ni provoca indefensión alguna, dado que la DA 4ª de la LCSP no contiene ningún elemento discrecional cuya existencia deba verificarse para legitimar la opción de la reserva (en particular, no se pide ningún juicio de proporcionalidad de la medida) y apenas contiene elementos reglados en el mismo sentido, más allá de la correcta delimitación de los operadores económicos beneficiarios y la constancia de una referencia a la propia norma en el anuncio de la disposición, aspectos ambos que no son objeto de debate (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

3. Tanto la DA 4ª de la LCSP como el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, que es la norma que la primera incorpora a nuestro Ordenamiento, son una excepción que el propio legislador establece al principio general de libre competencia (artículo 18.2 de la Directiva y artículo 1.1 de la LCSP) justificada por razones de política social; así, el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE es claro cuando afirma, entre otras cosas, que la reserva facilita el acceso al mercado de la compra pública a operadores que cumplen una importante función de integración social pero que en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos; es decir, se trata de una discriminación positiva (ver la Resolución 130/2018 del OARC/KEAO). Esta excepción no es absoluta, pues permite una licitación de acceso limitado a cierto tipo de empresas que compiten por el contrato, pero no la adjudicación directa a una de ellas elegida sin concurrencia ni publicidad previa; además, también en los procedimientos de adjudicación sometidos a la reserva de la DA 4ª de la LCSP debe procurarse, en el marco de las especialidades que los caracterizan, la salvaguarda de la libre competencia, lo que implica, entre otras cosas, la configuración del contrato y del procedimiento para que se dé la máxima participación posible en este último. En este sentido, CUSTAR alega que de procedimientos anteriores similares al impugnado se deduce que la reserva de los contratos de gestión documental a CEEIS finaliza con la adjudicación a una única empresa que cumple el requisito de acceso limitado y además tiene capacidad para ejecutar la prestación. Sin embargo, en los datos aportados en el recurso y en los que constan en el expediente no se acredita que dicha falta de concurrencia sea imputable al poder adjudicador, ni que este se aproveche de ella para beneficiar a una concreta empresa, ni mucho menos que las medidas que la Administración pueda adoptar para remediarla deban concluir necesariamente en una licitación no reservada a la que el recurrente pudiera presentar una proposición.

(...)

1. La finalidad de la DA 4ª de la LCSP es fomentar el empleo y la ocupación como medios de integración en la sociedad de personas discapacitadas o desfavorecidas (ver el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE), y este objetivo se desvirtuaría si, de hecho, una parte o la totalidad de la prestación y, consecuentemente, del volumen económico y de empleo generado del contrato aprovechara a operadores económicos diferentes de las beneficiarias de la reserva que en ningún caso podrían haber sido adjudicatarias, como es el caso de la recurrente.

2. Aunque la LCSP no contiene una prohibición expresa de la subcontratación de los contratos reservados con empresas no beneficiarias de la reserva, del segundo párrafo del artículo 65.1 de la LCSP se deduce que la condición de CEEIS es en este caso un requisito de aptitud, existiendo en la LCSP ejemplos de cómo dichos requisitos (solvencia, clasificación, no estar en prohibición de contratar...) se exigen también a los subcontratistas (ver, artículo 215.2 b de la LCSP); asimismo, y en última instancia, debe recordarse que es aplicable la clásica prohibición del fraude de ley contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil.

(...)

3.2. PROHIBICIONES DE CONTRATAR

3.2.1. Momento en el que debe producirse la situación de ausencia de prohibiciones de contratar

Resolución 204/2019

En este sentido, este Órgano comparte la postura mantenida por el TACRC en su Resolución 193/2019 que, en síntesis, establece que el artículo 140.4 de la LCSP ha de interpretarse en el sentido de que no exige que la situación de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad social deba producirse, además de en la finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento de la perfección del contrato, durante todo el procedimiento de licitación, cabiendo la posibilidad de que existan deudas en el periodo intermedio, siempre y cuando no las haya en los dos momentos literalmente citados en el mencionado artículo.

3.4. SOLVENCIA

3.4.1. No discriminación

Resolución 160/2018

De acuerdo con el artículo 74 de la LCSP, para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación; asimismo, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para acreditarlos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. A la vista de este precepto, se observa lo siguiente:

Como se deduce de la motivación expresada en el último párrafo de la cláusula impugnada, la intención del poder adjudicador es admitir a la licitación únicamente a las empresas que, además de haber suministrado energía renovable por un cierto importe (como exige el "Tercer requisito" de la misma cláusulas 21.2), acrediten que, en el último año con datos disponibles, solo y exclusivamente han suministrado este tipo de energía. Ello supone que las empresas que han vendido un gran volumen de energía procedente de fuentes renovables, incluso aunque sea muy superior al que representa el valor estimado del contrato, no pueden acceder a la licitación si, además, han vendido un porcentaje de energía no procedente de fuentes renovables, sea cual sea este porcentaje y con independencia de la cantidad de energía de origen renovable que, en términos absolutos, hayan suministrado. Este requerimiento no es aceptable, pues no prueba ninguna capacidad técnica para la ejecución del contrato y, especialmente, ninguna capacidad técnica adicional o distinta de la que ya se demuestra mediante la relación de suministros previos similares a los que se pretende adquirir, que por cierto también se solicita como "Tercer requisito" de solvencia técnica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.1 a) de la LCSP. En este sentido, no se alcanza a entender por qué es solvente técnicamente la empresa que ha vendido un volumen muy pequeño de energía renovable que, sin embargo representa la totalidad de sus ventas, y no lo es otra que ha vendido un volumen muy grande de dicha energía, aunque además haya vendido también energía procedente de otras fuentes; dicho de otra forma, no hay razón para pensar que el hecho de vender energía de varios orígenes anula o disminuye la capacidad para suministrar energía renovable, pues ambas empresas obtienen la electricidad de la misma red de distribución o transporte y pueden adquirir igualmente GDOs expedidas a los productores de energía renovable. La explicación del pliego es que de un informe de la CNMC se deduce que hay 76 empresas comercializadoras (el 64% de todas ellas) que satisfacen la condición y que ello garantiza que no se restringen los principios de salvaguarda de la libre competencia e igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP). Este Órgano entiende que este argumento no es convincente y que sí se infringen dichos principios. El cumplimiento del principio de igualdad implica que cualquier trato desigual a los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato se fundamente en hechos o situaciones jurídicamente relevantes y en razones proporcionadas no arbitrarias ni discriminatorias, lo que, como ya se ha expresado, no sucede en este caso; es irrelevante que el número o porcentaje de las empresas discriminadas sea grande o pequeño. Análoga observación se puede hacer de las restricciones ilegítimas de la libre competencia, que no dejan de serlo aunque, a pesar de ellas, pueda optar al contrato una cantidad significativa de empresas.

Consecuentemente, debe anularse la estipulación impugnada por no estar vinculada al objeto del contrato y resultar contraria a los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia (artículo 1 de la LCSP).

Resolución 161/2018

Para determinar la viabilidad de la impugnación, lo señalado en la letra a) anterior debe contrastarse con los principios básicos que rigen los criterios de solvencia y sus medios de prueba. En particular, el artículo 74 de la LCSP establece que para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Asimismo, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para acreditarlos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Conviene igualmente recordar que la finalidad de insertar en el procedimiento de adjudicación la verificación de la solvencia es asegurar que los licitadores poseen requisitos personales de capacidad técnica y económica que les hacen merecedores de la presunción de que pueden ejecutar correctamente la prestación contractual en el caso de resultar adjudicatarios.

La cláusula 8 de la carátula del PCAP exige al licitador, como requisito de solvencia, estar calificado con la etiqueta A. Esta cláusula debe ponerse en conexión con la cláusula 11 del PCAP, que bajo el epígrafe “Solvencia técnica o profesional”, además de reiterar que los licitadores deben poseer la citada etiqueta, especifica que deberá aportarse una “certificación expedida por la CNMC de que la energía comercializada es 100% de origen renovable”. En el mismo sentido, el apartado 2 del PPT afirma que solo pueden licitar las “comercializadoras de energía eléctrica 100% renovable”. En conclusión, las tres estipulaciones, aunque de modo reiterativo y con sistemática y ubicación no muy precisas, se refieren, en sustancia, al mismo requisito de admisión de los licitadores (comercializar exclusivamente energía eléctrica procedente de fuentes renovables) y al mismo medio para acreditarlo (la etiqueta A).

A la vista de todo ello, se formulan las siguientes apreciaciones:

1. Deben señalarse varias cuestiones sobre la etiqueta A como medio de prueba de la solvencia. En primer lugar, y como ya se ha indicado, ostentar la citada etiqueta no implica necesariamente haber vendido exclusivamente energía de origen renovable, por lo que no hay concordancia entre el requisito solicitado y el alcance del documento que se pide para acreditarlo. En segundo lugar, en contra de lo que afirma el poder adjudicador, la etiqueta A no es un certificado emitido por la CNMC que pueda considerarse comprendido en el artículo 94 de la LCSP, pues no pretende acreditar el cumplimiento de una “norma” (en el sentido que a este término le da el artículo 125.2 de la LCSP) de gestión medioambiental relacionada con herramientas de la organización a la que se refiere el certificado y dirigidas a mejorar, en general, el medio ambiente; por el contrario, los resultados del sistema de garantía de origen de la electricidad se publican por la CNMC y a partir de ellos las comercializadoras facilitan a sus clientes la información en la facturación que prevé la Circular 1/2008, que incluye la etiqueta obtenida. En tercer lugar, la etiqueta A no acredita la capacidad técnica para la ejecución de un contrato de suministro eléctrico de energía 100% renovable; dicha etiqueta se obtiene exclusivamente en razón del impacto medioambiental necesario para producir cada kWh de energía eléctrica vendido, que a su vez depende del porcentaje de energía renovable adquirido por la empresa, en referencia a un periodo concreto y con independencia de la importancia que, en términos absolutos, tengan estas magnitudes. De este modo, es posible que una empresa que tenga la etiqueta A haya vendido en el año anterior una cantidad de energía muy inferior a la que se desea adquirir por el

poder adjudicador en el contrato debatido la cual, por lo tanto, podría llegar a superar su capacidad de suministro. Quizás consciente de esta limitación, el órgano de contratación establece en la cláusula 11 del PCAP el requerimiento, como criterio de solvencia y de acuerdo con el artículo 89.1 a) de la LCSP, de haber realizado suministros “del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato” (es decir, energía eléctrica de origen 100% renovable) por un importe proporcionado al valor estimado del contrato.

2. Por lo que se refiere al requisito de solvencia impugnado, es inadecuado para medir la capacidad técnica de los licitadores para ejecutar la prestación contractual. En particular, supone que las empresas que han vendido un gran volumen de energía procedente de fuentes renovables, incluso aunque sea muy superior al que representa el valor estimado del contrato, no pueden acceder a la licitación si, además, han vendido un porcentaje de energía procedente de fuentes no renovables, sea cual sea este porcentaje y con independencia de la cantidad de energía de origen renovable que, en términos absolutos, hayan suministrado (el apartado 2 del PPT es especialmente claro al respecto). Este requerimiento no es aceptable por ser contrario a los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia. No se alcanza a entender por qué es solvente técnicamente la empresa que ha vendido un volumen muy pequeño de energía renovable que, sin embargo representa la totalidad de sus ventas, y no lo es otra que ha vendido un volumen muy grande de dicha energía, aunque además haya vendido energía procedente de otras fuentes; dicho de otra forma, no hay razón para pensar que el hecho de vender energía de varios orígenes anule o disminuya la capacidad para suministrar energía renovable. A falta de la justificación adecuada de los criterios de solvencia que el artículo 116 c) de la LCSP pide que conste en el expediente, las explicaciones del informe del poder adjudicador no son convincentes. El argumento de que se favorece a las PYMEs es contradictorio, pues los pliegos no exigen que los licitadores tengan esta condición y el propio informe reconoce que entre las empresas que cumplen el requisito impugnado las hay también grandes; en cualquier caso, tal exigencia sería claramente discriminatoria, pues no hay nada en la legislación contractual que permita una excepción tan drástica a sus principios generales como un procedimiento de adjudicación “reservado a las PYMEs” con prohibición de participación de los operadores económicos que no lo sean. El hecho de que de un informe de la CNMC se deduzca que hay 76 empresas comercializadoras (el 64% de todas ellas) que satisfacen la condición recurrida es indiferente, pues el principio de igualdad implica que cualquier trato desigual a las empresas potencialmente interesadas en el contrato se fundamente en hechos o situaciones jurídicamente relevantes y en razones proporcionadas no arbitrarias ni discriminatorias, lo que, como ya se ha expresado, no sucede en este caso, sin que importe que el número o porcentaje de las empresas discriminadas sea grande o pequeño. Análoga observación se puede hacer de las restricciones ilegítimas de la libre competencia, que no dejan de serlo aunque, a pesar de ellas, pueda optar al contrato una cantidad significativa de operadores.

Resolución 179/2018

El recurrente considera que la exigencia del conocimiento de euskera es un requisito de solvencia técnica ilegal porque es contrario a los principios de igualdad y no discriminación y libre competencia. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta es, en principio, no discriminatoria, ya que se exige para todos los licitadores y todos ellos pueden satisfacerla, incluso mediante la integración de su solvencia con medios externos (artículo 75 LCSP). También se observa que su justificación responde a un interés general, que es conseguir la promoción y normalización del euskera como idioma de trabajo y de servicio, con base en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera, la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi y la Ordenanza sobre el uso del euskera del Ayuntamiento de Villabona. Asimismo, parece adecuado acreditar una mínima solvencia lingüística, cuando dicha capacitación es necesaria para la correcta prestación objeto de contrato (asistencia a reuniones con personal técnico y político del ayuntamiento que muy mayoritariamente se celebran en euskera, la emisión periódica de informes también en lengua vasca, e incluso relación directa con los ciudadanos en un municipio en el que el 68% de la población es euskaldun, según el informe para el periodo 2016 del Instituto Vasco de Estadística). De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito de solvencia se requiera únicamente a una persona de todo el equipo que deba ejecutar la prestación, y que dicha persona sea precisamente la que se tiene que relacionar con la administración contratante, que tiene como objetivo en materia de normalización lingüística que el euskara sea el idioma de servicio en todos los departamentos del Ayuntamiento. Igualmente, el nivel lingüístico requerido es el C1, que no es el máximo grado de competencia lingüístico contemplado en el “Marco común europeo de referencia” pero que, sin embargo, es suficiente para satisfacer los objetivos de normalización lingüístico perseguidos por el Ayuntamiento. Finalmente, que el requisito se configure como parte de la solvencia técnica y no en otra fase del procedimiento de adjudicación o de la vida del contrato es también adecuado y proporcionado; por una parte, su inserción como criterio de adjudicación no garantiza plenamente el objetivo buscado (puede resultar seleccionada una oferta que no lo satisface), y por otro lado, no parece que su inclusión como requisito de admisión exigible a los licitadores y no como condición de ejecución para el contratista sea una dificultad desmedida para presentar una proposición, habida cuenta, por ejemplo, de que para la integración de la solvencia con medios externos basta con acreditar que se dispondrá de ellos para la ejecución del contrato (artículo 75.1 de la LCSP).

3.4.2. Titulaciones académicas

Resolución 170/2018

La pretensión del recurrente incluye la anulación de la citada cláusula por no incluir la exclusividad del título de TSIS y el requerimiento de que un nuevo pliego exija que para

el perfil de técnico que desarrolle la intervención sea imprescindible el título de TSIS o los equivalentes establecidos en la Disposición Adicional Primera del Decreto 63/2014. Como bien señala el informe del poder adjudicador, la aplicación de la doctrina del OARC/KEAO sobre la cuestión debatida (ver, por ejemplo, la Resolución 89/2015) conduce a la desestimación del recurso por los siguientes motivos:

1. De acuerdo con el apartado 1 del PPT, el objeto del contrato impugnado es la prestación del servicio de acompañamiento socioeducativo a inquilinos / as del parque de viviendas gestionado por Alokabide, en los territorios de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, servicio que se enmarca dentro de la intervención socioeducativa y psicosocial recogida en el artículo 15.2 h) de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales.
2. El artículo 36 de la Constitución Española establece que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1998 establece, sobre la reserva legal para el ejercicio de profesiones tituladas, que se debe (...) determinar si una norma con rango de ley contempla una profesión titulada, es decir una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos. Los recurrentes no alegan ninguna norma con rango de ley que reserve a las personas tituladas como TSIS el desempeño de las actividades objeto del contrato; de hecho, las normas citadas se circunscriben a regular los requisitos académicos y contenidos curriculares y no se refieren a estas materias. Por su parte, la Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco, tampoco establece dicha reserva, y su artículo 78.3 se limita a señalar que el Gobierno Vasco determinará las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las actividades profesionales necesarias para la aplicación del Catálogo de Prestaciones y Servicios.
3. Consecuentemente, debe concluirse que no existe la reserva legal en favor de la titulación de Técnico Superior en Integración Social y sus equivalentes académicas que los recurrentes reivindican, por lo que no cabe acceder a la pretensión del recurso.

3.4.3. Trabajos similares

Resolución 181/2018

Vista las alegaciones de las dos partes, este ÓARC/KEAO considera que: (i) es obvio que la ley sitúa el listón en la solicitud de edificaciones que guarden un cierto parangón en cuanto a entidad o presupuesto; (ii) frente a ello lo demandado en la cláusula particular es tan específico y exigente que hasta la propia administración se ve en la necesidad de ampliar el plazo de la realización de los trabajos desde los tres a los diez años (y hasta los 20 en una nueva formulación); (iii) este Órgano comparte la alegación del recurrente frente al criterio debatido, ya que es claramente excesivo en cuanto que limita desproporcionadamente la concurrencia en abierta contradicción con el espíritu mismo de la propia ley, ya que los únicos que podrían optar al desarrollo del trabajo sería sólo aquél reducidísimo número de profesionales que han desarrollado en los últimos diez años un trabajo de exactamente las mismas características,

cercenando indebidamente de este modo las legítimas oportunidades de aquellos otros que, sin embargo, en su trayectoria profesional han adquirido ya suficiente experiencia como para poder afrontar de manera ciertamente satisfactoria un trabajo como el que nos ocupa; (y iv) en definitiva, la utilización de un requisito de acreditación de la “solventia técnica” tan limitador como el que nos ocupa produce un efecto contrario a los principios esenciales que informan todo el sistema legal de contratación pública, a saber; la instauración de una suerte de proceso de retroalimentación o círculo vicioso en cuanto a las adjudicaciones, que opera en la práctica como infranqueable barrera a la posible entrada de nuevos licitadores que no tienen experiencia porque no pueden acceder a las licitaciones por no tener experiencia. Por todo ello, el presente requisito de solventia debe anularse.

Resolución 39/2019

La alegación de que la adjudicataria no cuenta con la experiencia profesional requerida como requisito de solventia técnica o profesional debe ser rechazada ya que esta exigencia, a falta de previsión expresa en el PCAP sobre cómo determinar si un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, se debe observar acudiendo a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV (artículo 90.1.a) último párrafo de la LCSP). En el contrato que nos ocupa, el CPV del servicio demandado es el 71200000-0 “Servicios de arquitectura y servicios conexos” que es el genérico que engloba y comprende el resto de servicios de arquitectura de carácter específico como el de “Servicios de asesoramiento en arquitectura” (CPV 71210000-3) y, la experiencia alegada y acreditada por la adjudicataria, certificada por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro (Delegación de Navarra), se refiere a obras de nueva planta (Expediente 2018A0520) y, el resto, a obras de reforma y reparación, siendo indiscutible que todas ellas se hallan comprendidas en el CPV genérico de “Servicios de arquitectura”. En lo que respecta al importe de las obras también lo cumple porque, a falta de un umbral específico de solventia técnica o profesional en el PCAP, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 90.2 de la LCSP de que el importe de los trabajos efectuados con anterioridad se apreciará conforme al importe anual acumulado en el año de mayor ejecución que será igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.

Resolución 157/2019

Al margen de que la entidad adjudicataria impugnada acredita de forma específica en uno de los contratos aportados (el suscrito con el Ayuntamiento de Igorre el año 2017) que ha realizado, entre otras, actividades relacionadas con la programación de cine, lleva razón el poder adjudicador al señalar que para determinar si un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato se debe acudir a los tres primeros dígitos del CPV (artículo 90.1.a de la LCSP). La cláusula 2 del PCAP señala de forma correcta que el código CPV aplicable es el 92000000 Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos que abarca, además de actividades relacionadas con el cine, los espectáculos teatrales y musicales, que igualmente forman parte del objeto del contrato. Este número de CPV es más genérico que el específico de servicios de cine, que se halla clasificada en el código CPV 92100000-2 y, como se observa, difiere del solicitado en el contrato en el tercero de los dígitos, por lo que la experiencia específica en exhibición de cine no es suficiente para acreditar la solventia demandada en el PCAP.

3.4.4. Documento europeo único de contratación

Resolución 133/2018

Este Órgano ya se ha pronunciado respecto al valor y alcance del DEUC (ver, en este sentido, la Resolución 54/2018) y, conforme a esta doctrina, se debe señalar que este documento está previsto en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública,⁷ y es, en síntesis, una forma de cumplimiento provisional de los requisitos de aptitud para contratar fijados en las bases de la licitación. Consiste en una declaración actualizada del interesado que sustituye a los certificados expedidos por autoridades públicas o por terceros y que confirma que el licitador cumple con los requisitos de admisión al procedimiento, entre otros, los referidos a las condiciones de solventia económica y financiera. El DEUC se redacta sobre la base de un formulario uniforme, aprobado por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 (en adelante, Reglamento 2016/7). Por lo que toca al objeto de la impugnación, son aspectos relevantes de esta normativa los siguientes:

- el DEUC debe ofrecer también la información pertinente sobre las entidades de cuya capacidad depende el licitador, de modo que la verificación de esa información se pueda llevar a cabo simultáneamente a la verificación relativa a dicho licitador y en las mismas condiciones (Considerando 1 del Reglamento 2016/7).
- el poder adjudicador puede solicitar a los licitadores que presenten la totalidad o una parte de los certificados o documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento, si resulta necesario para el buen desarrollo del mismo (artículo 59.4 de la Directiva 2014/24 y Anexo I del Reglamento 2016/7).
- un operador económico que participe por su cuenta en el procedimiento de adjudicación y que no recurra a la capacidad de otras entidades para integrar su solventia debe complementar un único DEUC; por el contrario, el que participe por su cuenta y sí recurra a la capacidad de una o varias entidades distintas de ella misma (como permite el artículo 75 de la LCSP) deberá garantizar que el poder adjudicador recibe su propio DEUC junto con otro DEUC separado en el que conste la información pertinente, por cada una de las entidades de que se trate.

(...)

Lo que no procede es que ALDABE, aprovechando el trámite de subsanación, acredite la solventia económica y presente otro DEUC en el cuál manifiesta que para satisfacer los criterios de selección va a acudir a la capacidad de otras entidades, todo ello, además, una vez concluido el plazo de presentación de las ofertas. Este proceder es contrario a la misma esencia de este documento, que es probar preliminarmente que, en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, ya se satisfacían los requisitos de admisión exigibles.

⁷ Aplicable al procedimiento de adjudicación debatido en virtud del efecto directo de esta norma; ver, por ejemplo, la Resolución 40/2018 de este OARC/KEAO.

Admitir una acreditación en estos términos sería ir en contra del principio de igualdad de trato de los licitadores, pues implicaría dar a uno de ellos la oportunidad de completar su proposición de forma extemporánea. Además, la posibilidad de subsanación de los defectos documentales contenidos en una proposición no debe permitir aportar el cumplimiento de requisitos que no se cumplían en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, y tampoco debe conceder al licitador la opción de aportar documentación que, aun existiendo en el momento de formular la oferta, pretende otorgar a la oferta presentada un significado diferente al expresado en la documentación inicialmente aportada. Por ello, no es aplicable a esta controversia ni el artículo 141 de la LCSP, ni el 81 del RGLCAP, ni la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 303/2017 invocada por el poder adjudicador, ya que el supuesto es distinto. En aquél caso, procedía la subsanación porque no se habían rellenado los datos correspondientes a la solvencia, pero en el presente supuesto sí que se han cumplimentado, y lo que ocurre es que no alcanzan el umbral mínimo exigido.

Finalmente, señalar que el art. 69.4 Ley de Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en la LCSP (ver su Disposición Final cuarta), dispone que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato que se incorpore a una declaración responsable determinará, entre otras consecuencias, la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho. En este sentido, la sustitución de la declaración inicial del DEUC de no integración de la solvencia económica y financiera por una posterior en sentido contrario, ha de entenderse como de carácter esencial, ya que afecta a una de las condiciones personales del licitador imprescindibles para acceder al contrato (art. 39.2 a) LCSP). Así, sería nulo de pleno derecho el contrato celebrado con quien no dispone de la solvencia económica exigida.

Resolución 52/2019

El DEUC presentado por la recurrente no estaba debidamente cumplimentado, sencillamente, porque no estaba cumplimentado en absoluto, lo que supone un incumplimiento de los requisitos formales exigidos en el PCAP y la LCSP para su presentación. Sobre la subsanación de los defectos formales de los documentos exigidos en orden a acreditar los requisitos de aptitud para contratar, los Órganos y Tribunales de recursos contractuales han configurado una doctrina favorable a su subsanación basándose en el principio antiformalista del procedimiento, eso sí, con el límite del respeto al resto de principios que rigen la licitación. Esta doctrina se fundamenta en la del Tribunal Constitucional (por todas STC 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997) a propósito de los requisitos procesales, de los que declara carecen de sustantividad propia, constituyendo medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no pueden convertirse en meros obstáculos formales impositivos de tales fines, resultando obligada una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.

El DEUC constituye una declaración formal. Únicamente se solicita la prueba del cumplimiento en el momento de presentación de las ofertas o de la solicitud de participación de lo declarado a quien resulte adjudicatario del contrato, si bien también cabe la posibilidad de solicitar

alguno o todos los documentos en caso de duda a alguno o a todos los licitadores durante el procedimiento de adjudicación, por lo que la presentación de un documento vacío ha de ser considerado un defecto formal. A la vista de ello, la posibilidad de subsanar el error padecido en la incorporación al sobre 1 de un archivo en el que no figuraban grabados los datos pertinentes ni perjudica al resto de licitadores, ni significa conceder un plazo adicional para completar la oferta, dado que, en todo caso, los requisitos de aptitud deben cumplirse en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (artículo 140.4 de la LCSP), por lo que no se infringe el principio de igualdad de trato por el hecho de solicitar la subsanación del error observado, trámite que no supone un plazo adicional para la obtención de dichos requisitos. Téngase en cuenta que el establecimiento de plazos preclusivos para aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal o no esencial que se pueden subsanar sin dificultad (ver, en este sentido la Resolución 86/2017 de este OARC/KEAO).

Supuesto diferente al que nos ocupa es aquel que pretende sustituir su declaración inicial acreditando de un modo distinto lo inicialmente declarado lo, cual no ha sido admitido por este OARC/KEAO (ver, en este sentido la Resolución 54/2018).

En definitiva, teniendo en cuenta que en el presente caso nos encontramos en el trámite correspondiente a la apertura del sobre 1, es decir, cuando no es necesario todavía acreditar el requisito, sino únicamente aportar el DEUC, y que los defectos u omisiones que afectan a la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos son esencialmente subsanables, la exclusión de la proposición de la recurrente se considera desproporcionada.

3.4.5. Visita previa a las instalaciones

Resolución 179/2018

Sin embargo, aun cuando facilitar la visita a las instalaciones antes de la presentación de la oferta parece una opción razonable porque propicia su mejor elaboración y elimina o disminuye las ventajas de anteriores adjudicatarios de la misma prestación (ver la Resolución 6/2016 del OARC/KEAO), la obligatoriedad de la misma y la previsible exclusión de la proposición consecuencia de su incumplimiento (por definición, insubsanable) hacen de ella una medida desproporcionada, cuando existen medidas menos gravosas (mayor calidad y exactitud en la elaboración de las prescripciones técnicas, mayor y mejor determinación de los criterios de adjudicación, etc.) que permitirían preparar las proposiciones sin tener que realizar visita obligatoria alguna. Consecuentemente, debe concluirse que el requisito de incluir en el sobre A el Certificado acreditativo de que el oferente ha visitado las instalaciones es desproporcionado y va más allá de lo necesario para satisfacer el interés general alegado, por lo que se trata de un obstáculo injustificado a la libre competencia y debe anularse.

3.4.6. Exigencia de presentación de una maqueta a todos los licitadores

Resolución 181/2018

Por la misma razón, la exigencia de la presentación de una maqueta a todos los licitadores tampoco parece una medida proporcionada, cuando existen medidas menos gravosas (paneles, memoria descriptiva, información gráfica, etc.) que permitirían preparar las proposiciones sin tener que realizar un desembolso económico que puede suponer una barrera a la libre competencia; sin embargo, dicha proporcionalidad podría existir cuando el requisito se solicitase únicamente a las tres propuestas seleccionadas para la segunda fase, las cuales, por haberse clasificado y encontrarse en la fase definitiva para la adjudicación, recibirán un premio en metálico que puede contribuir a afrontar gastos como el debatido.

Consecuentemente, debe concluirse que el requisito de incluir en el sobre B la maqueta descriptiva de la idea propuesta es desproporcionado y va más allá de lo necesario para satisfacer el interés general alegado, por lo que se trata de un obstáculo injustificado a la libre competencia y debe anularse.

3.4.7. Proporcionalidad de los requisitos exigidos

Resolución 189/2019

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 de la LCSP, cuando el órgano de contratación considere conveniente solicitar la experiencia del licitador como forma de acreditar su capacidad técnica o profesional y no establezca expresamente un umbral mínimo, éste será el importe anual acumulado que en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. Si bien es cierto, tal y como alega el poder adjudicador, que esta disposición únicamente se aplica en defecto de especificación en los pliegos, que no es el caso objeto de recurso, no es menos cierto que se puede utilizar como un elemento interpretativo de lo que el legislador considera proporcionado. Este umbral quedaría fijado en el contrato que nos ocupa en 78.694 euros para el Lote 1 (cuya anualidad media calculada en relación con el valor estimado del contrato y su posible duración total es de 112.420 euros) y para el Lote 2 de 13.012,65 euros (cuya anualidad media es de 18.589,5 euros).

El otro parámetro interpretativo que nos ofrece el PCAP para determinar al caso concreto la proporcionalidad del nivel de solvencia exigido es el de la categoría de la clasificación exigida: para el Lote 1 la categoría 3 en el grupo L, subgrupo 5 “Organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones”, y para el Lote 2, igualmente la categoría 3 en el Grupo L, Subgrupo 6, “Servicios de portería, control de accesos e información al público”.

(...)

3.4.8. Concepto de “destinatario” de los trabajos anteriores

Resolución 174/2019

En síntesis, de acuerdo con los pliegos y el artículo 90.1 a) de la LCSP, los trabajos que prueban la solvencia técnica deben acreditarse, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. Debe rechazarse la alegación del recurrente, que identifica el “destinatario” con la entidad a la que aprovechó o que finalmente hizo suyo el producto o resultado de los trabajos (por ejemplo, por ingresar en su patrimonio los edificios construidos a los que se refieren); téngase en cuenta que se trata de acreditar la satisfactoria realización de un servicio y, si dicha entidad no encargó el servicio al miembro del equipo de trabajo al que se refiere el certificado debatido, no tuvo una relación directa con él, por lo que, consecuentemente, no puede certificar sobre ella. En cambio, el “arquitecto principal” sí puede emitir dicha certificación porque fue parte en la citada relación directa.

3.4.9. Los conflictos de intereses que impiden la correcta ejecución del contrato suponen falta de solvencia

Resolución 21/2019

El motivo de la exclusión de la recurrente, según el acta de la sesión de la Mesa de Contratación de 24 de octubre es que su oferta incumple lo dispuesto en el apartado 8 del PPT al designar como técnico responsable de verificación de ahorros en consumo de energía a una persona que carece del requisito de independencia respecto a la empresa licitadora porque forma parte de su plantilla, como expresamente se reconoce en el recurso (...). A este respecto, este Órgano entiende que en ningún caso puede considerarse independiente un técnico integrado en la plantilla de la licitadora. Debe tenerse en cuenta que el artículo 8 del PPT establece que los ahorros energéticos deben ser medidos, verificados y aceptados por ambas partes, Adjudicatario y el Ayuntamiento, por lo que el requisito de la independencia debe comprender, necesariamente, la ausencia de nexos con cualquiera de dichas partes, no solo de tipo jerárquico o laboral, como en este caso, sino de cualquier otro tipo que pudiera denotar la existencia de un conflicto de intereses que impidiera la correcta ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE, que establece que los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato, así como el artículo 64.1 de la LCSP). No obsta a esta conclusión que el PPT posibilite que la contratista presente después una persona distinta, pues tal prevención no puede subsanar una proposición que incumple el PPT.

3.5. HABILITACIÓN PROFESIONAL

3.5.1. Momento en el que debe apreciarse su concurrencia

Resolución 27/2019

Por lo tanto, no existe duda alguna de que la autorización requerida por la cláusula específica 21.4.1 del PCAP es una exigencia legal, de derecho necesario, relacionado con la capacidad del licitador para prestar el servicio, cuya finalidad es impedir que las entidades del sector público contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar la actividad de la que se trate. En este sentido, nos encontramos ante un requisito de aptitud del contratista (artículo 65.2 LCSP).

Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP, el momento decisivo para apreciar la concurrencia de la autorización es el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, y ello con independencia del momento en que deba presentarse la acreditación correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 131/2018 del OARC/KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de noviembre de 2016, nº de procedimiento 543/2015, ES:TSJPV:2016:3715). Todo ello concuerda, además, con las disposiciones de la Directiva 2014/24, que facultan al poder adjudicador a exigir a los operadores económicos a que demuestren estar en posesión de la autorización especial para poder prestar el servicio cuando, como en el supuesto que nos ocupa, dicha autorización fuera necesaria (artículo 58.2 párrafo segundo), habilitando al poder adjudicador a que esta circunstancia sea prevista como un criterio de selección para poder participar en el procedimiento de adjudicación (artículo 58.1).

Por ello, la cláusula impugnada al solicitar que la autorización deberá estar disponible en la fecha final de presentación de ofertas no incurre en infracción alguna, por lo que el motivo alegado no puede ser estimado.

4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

4.1. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

4.1.1. Concurso de proyectos

Resolución 122/2018

El análisis de esta cuestión debe partir necesariamente del contenido del artículo 183.3 de la LCSP, norma aplicable al contrato impugnado y cuya literalidad es la siguiente:

Quando el objeto del contrato de servicios que se vaya a adjudicar se refiera a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad y, cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores, a los trabajos complementarios y a la dirección de las obras, los órganos de contratación deberán aplicar las normas de esta sección.

Este precepto, a diferencia del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), sí establece claramente que las normas del concurso de proyectos deben necesariamente aplicarse para la adjudicación de contratos cuyo objeto sea uno de los descritos en él. En concreto, exige la aplicación de dichas normas cuando el objeto sea alguno de los dos siguientes:

1. la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad.
2. la contratación conjunta de la redacción de los proyectos citados en el número 1) anterior (es decir, con todas las características citadas en él, incluyendo la “especial complejidad”) y de trabajos complementarios y de dirección de las obras.

En este caso, no hay duda de que el objeto del contrato incluye la redacción conjunta de un proyecto arquitectónico y de trabajos complementarios y de dirección de la obra, como pide el supuesto expresado en el número 2 anterior. Consecuentemente, para que sea aplicable el concurso de proyectos solo restaría que el proyecto sea especialmente complejo. El recurrente no ha aportado argumentación alguna para acreditar este requisito, a pesar de que se le debe suponer una indudable pericia en la materia y que a él le corresponde la carga de la demostración de su existencia (ver, por todas, la Resolución 101/2018 del OARC/KEAO). Por su parte, de los documentos contractuales y del resto del expediente no deduce este OARC/KEAO ninguna peculiaridad de la prestación que la cualifique con una complejidad especial respecto a otras de su mismo tipo, complejidad que, además, el poder adjudicador niega razonadamente en su informe de respuesta al recurso. Así, no hay dificultades específicas en

las características de funcionalidad, seguridad o habitabilidad del edificio objeto del proyecto (ver, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Tampoco consta una problemática adicional a la inherente a cualquier proyecto y derivada de otros factores, como la especial dificultad de la normativa sectorial o urbanística aplicable, la innovación u originalidad exigida, u otras consideraciones técnicas (medioambientales, culturales...). Por todo ello, el motivo de impugnación debe desestimarse.

Resolución 181/2018

Este Órgano no puede compartir la interpretación que realiza el poder adjudicador del artículo 185.3 de la LCSP consistente en que la posibilidad de limitar el número de participantes mediante fases permite que la presentación de las propuestas se pueda hacer de forma no anónima. Y ello, por dos razones fundamentalmente, a saber: (i) porque como se ha expresado con anterioridad, una de las características fundamentales de este régimen de contratación especial radica en el anonimato de las proposiciones hasta la emisión del Dictamen, que en la sub-fase de presentación de los proyectos establecido en los pliegos de la licitación no se ha emitido aún y (ii) no son aplicables al presente caso, ni la Resolución 23/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ni las licitaciones propuestas por el poder adjudicador como similares, ya que se refieren a casos muy concretos de igualdad de los tres últimos licitadores y a la posibilidad de que el jurado solicite aclaraciones a los participantes sobre alguno de los aspectos del proyecto, circunstancia que también es permitida por la LCSP en su artículo 187.7, y que nada tiene que ver con la obligatoria ponencia presencial planteada por los pliegos del Ayuntamiento de Llodio en la que no se plantea aclarar ningún aspecto de los proyectos sino valorarlos (hasta un máximo de 20 puntos) en función de su fundamentación, coherencia e idoneidad. Es decir, esta segunda fase puede ser absolutamente decisoria en la resolución del concurso -de hecho lo será, salvo que alguno de los tres proyectos obtenga en la primera fase una ventaja de más de 20 puntos- y la decisión del Jurado que, conoce de antemano a los autores de los proyectos, puede verse comprometida en su imparcialidad contraviniendo, de esta forma, la norma reguladora en la materia que exige su presentación de forma anónima; anonimato que habrá de mantenerse hasta que el Jurado emita su dictamen o decisión (artículo 187.6 LCSP).

Resolución 70/2019

Lo que el PCAP denomina FASE I se configura como un concurso de ideas en el que, tal y como está configurado el procedimiento, se respeta el anonimato de los candidatos hasta la emisión del dictamen o decisión por el jurado (artículo 187.6 de la LCSP), que en este caso consiste en la selección, de entre todas las candidaturas presentadas, de las cinco mejores ideas o propuestas de proyectos de construcción. El desvelamiento de la identidad de los candidatos se efectúa tras la emisión del dictamen, mediante la apertura del sobre “A” Documentación Administrativa para calificar la capacidad y la solvencia, por lo que se cumple la finalidad que se persigue con esta forma de adjudicación, que es la de buscar la mayor transparencia y objetividad en la decisión, ya que la valoración de las ideas o propuestas de proyectos conforme a los criterios de adjudicación ha sido realizada ya por el Jurado respetando el anonimato de aquéllos. Por el contrario, dicha garantía de anonimato no es necesaria para

la adjudicación del contrato de servicios, definido como FASE II en el PCAP, consistente en la redacción del proyecto de ejecución del centro polideportivo que se corresponde con el procedimiento.

(...)

La recurrente denuncia que en la denominada FASE II se asigna al criterio de adjudicación Precio 20 puntos, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 184.3 de la LCSP que exige que la valoración de las propuestas de los concursos de proyectos se refiera a la calidad de las mismas, y sus valores técnicos, funcionales, arquitectónicos, culturales y medioambientales.

Este argumento debe ser desestimado. La recurrente considera que el criterio de adjudicación Precio se refiere propiamente al concurso de proyectos, cuando del procedimiento diseñado en el PCAP se desprende que se corresponde con la contratación del servicio que de redacción del proyecto básico y de ejecución del nuevo polideportivo de Lasarte-Oria. El Anexo I del PCAP distingue los criterios de adjudicación de la Fase I, todos ellos relativos a la calidad conforme al artículo 184.3 de la LCSP (apartado A.I.4.F1 del Anexo I al PCAP) de los de la Fase II (apartado A.I.4.F2 del Anexo I al PCAP), esto es, los relativos al contrato de servicios. Es decir, los potenciales licitadores conocen de antemano por cada una de las fases en las que se divide el procedimiento, los criterios de adjudicación, su valoración y ponderación, de tal forma que se cumple con los principios de publicidad y transparencia que deben exigirse a los procedimientos de contratación.

Además, los criterios de adjudicación señalados en el pliego para el contrato de servicios (Fase II) respetan lo dispuesto en los apartados 3, letra g) y 4 del artículo 145 de la LCSP en lo referente a que el criterio precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación y, como prestación intelectual que es, a que los criterios relacionados con la calidad deben suponer, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. En concreto, el criterio precio supone el 20 por ciento de la puntuación total por lo que no existe vulneración alguna del articulado de la Ley.

4.1.2. Acuerdo Marco

Resolución 106/2018

El acuerdo marco es el suscrito entre uno o varios órganos de contratación del sector público con una o varias empresas en el que se definen los términos y las condiciones conforme a los cuales pueden realizarse adquisiciones específicas durante su vigencia (art. 219 LCSP). Se caracteriza porque mientras está vigente una relación contractual de tracto sucesivo, se suceden múltiples relaciones contractuales secundarias derivadas de la primera.

En lo que a la cuestión planteada en el recurso interesa, resulta relevante señalar que bajo el término de “acuerdo marco” la LCSP contempla dos situaciones diferentes: acuerdos en los que se fijan todos los términos (art. 221.4.a) LCSP) y aquellos en los que no se fijan todos los

términos (art. 221.4.b) LCSP), lo que significa que algunas de las estipulaciones contractuales deben ser concretadas más adelante, en el contrato basado en el acuerdo marco⁸.

El órgano de contratación goza de amplia libertad para definir la estructura y contenido de los acuerdos marco y la LCSP no precisa qué se debe entender por “términos del acuerdo marco” ni qué contenido mínimo han de tener éstos, no obstante, el artículo 220.1 de la LCSP, dispone que su celebración se efectúe conforme a las normas de procedimiento establecidas en las secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro segundo (artículos 115 a 187), lo cual exige que, además de que se respeten las reglas habituales aplicables al procedimiento de adjudicación elegido, sobre todo, en materia de publicidad, plazos, criterios de exclusión, de selección y de adjudicación⁹, en lo que a la cuestión planteada en el recurso importa, se establezca el marco de las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación.

El artículo 221 de la LCSP posibilita que no todos los términos de los contratos basados se fijen en el acuerdo marco, si bien según su apartado 5 la selección del contratista a efectuar en el contrato basado debe efectuarse en los mismos términos especificados en el acuerdo marco, si es necesario precisándolos, y, si llega el caso, en otros términos previstos en el pliego de contratación del acuerdo marco los cuales se han de concretar con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado. No obstante, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco (art. 222.1 LCSP). Consecuentemente, el artículo 221 de la LCSP no habilita a que se realice una definición genérica de lo requerido en el acuerdo marco y a que la práctica totalidad de las condiciones del contrato, y en particular de su objeto, se definan en la fase posterior, esto es, en el contrato basado.

Esto último es la circunstancia que a juicio de este OARC/KEAO concurre en el acuerdo marco que nos ocupa, en el que se define el objeto de su lote 6 en referencia a una relación de distintos tipos de gases (balas de nitrógeno, aire sintético, helio, hidrógeno, argón y nitrógeno líquido), sin ninguna especificación ni prescripción técnica adicional, en particular, ninguna referencia a las características generales de los bienes requeridos, como la calidad mínima de los productos, una estimación sobre consumos o una mínima referencia a la forma de entrega de los bienes. Esta conclusión se ve reforzada por el dato de que la selección de los licitadores se efectúa únicamente sobre la base de la acreditación de la solvencia económica y financiera (cláusula 10 del PCAP) y no sobre la base de criterios de adjudicación del acuerdo marco, lo cual es consecuente con el contenido de los pliegos, ya que, si no se ha establecido término o condición alguna no es posible basar en ellos la celebración del acuerdo marco; es decir, no hay un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, lo que contradice la misma naturaleza del acuerdo marco.

⁸ Apartado 1.1 del Documento CC/2005/03_rev “Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica”, de 14 de julio de 2005

⁹ Apartado 2.1 del Documento CC/2005/03_rev “Nota explicativa-Acuerdos marco-Directiva clásica”, de 14 de julio de 2005

El poder adjudicador alega la cláusula 18 del PCAP, relativa a la adjudicación y formalización de los contratos específicos, como aquella en la que se fijan de forma definitiva las determinaciones y concreciones de lo que realmente se contratará. Conforme a esta cláusula, la concreción del precio, plazo, precios unitarios de los fungibles a suministrar y sus unidades se efectuará en el contrato basado en el acuerdo marco. Siendo ello correcto, lo cierto es que en el caso que nos ocupa previamente no se ha fijado el marco en el que las empresas seleccionadas competirán entre ellas. En concreto, no hay precios unitarios ni plazos ni condiciones de ejecución o de calidad que mejorar y no hay certeza de que todas las empresas seleccionadas puedan suministrar los bienes solicitados.

En relación a esta cuestión este OARC/KEAO no puede por menos que hacer referencia a los riesgos que para la salvaguarda de la libre competencia suponen unos pliegos que, además de no realizar una estimación de consumos, no exigen que se presenten unos precios iniciales que, a modo de precios máximos, puedan ser objeto de mejora en los contratos basados en los términos del contrato marco que se liciten en el futuro o sobre los que proponer sustituciones en el marco del artículo 222.2 de la LCSP. Téngase en cuenta que, mediante el acuerdo marco se cierra el mercado de la compra de dichos productos durante un periodo de tiempo (en este caso la cláusula 5 del PCAP es contradictoria pues de un lado señala que el plazo será desde el 1 de julio de 2018 hasta el 30 de junio de 2022, con posibilidad de prórroga, y por otra que el período inicial y las posibles prórrogas serán de cuatro años), lo cual aumenta el riesgo de colusión entre los participantes al crear un circuito cerrado de licitaciones durante un tiempo determinado sin sujeción previa a ningún término o condición contractual.

A juicio de este OARC/KEAO la cláusula denunciada incumple las disposiciones del art. 204.1 de la LCSP en varios aspectos: (i) se refiere a la modificación de unos términos del acuerdo marco que no se han precisado (p. ej. no figura condición alguna sobre el tamaño), (ii) no aporta precisión alguna, por ser extremadamente escueta (modificarse las características en aspectos no esenciales) e implica que el poder adjudicador puede suprimir o sustituir los bienes objeto del acuerdo marco unilateralmente y sin justificación alguna. Todo ello supone que, de hecho, la ejecución de los contratos basados quede al albur de una decisión que el poder adjudicador puede tomar arbitrariamente, es decir, sin sujetarse a regla o límite alguno más allá de una genérica mención a “si las circunstancias a juicio de POLYMAT, así lo requieren”, en flagrante contradicción con el artículo 204.1.b) que exige que los candidatos y licitadores puedan prever el alcance exacto de la modificación prevista (ver, en este sentido, la Resolución del OARC/KEAO 52/2017), (iii) habilita al poder adjudicador a realizar cualquier clase de modificación, sustancial o no, ya que unilateralmente puede suprimir fungibles o sustituir unas clases por otras sin límite alguno, lo cual resulta contrario al artículo 222 de la LCSP y a los principios generales que rigen la contratación pública, en especial los de igualdad de trato y transparencia, que deben respetarse no sólo en el procedimiento de adjudicación sino también durante la ejecución del contrato y hasta que ésta finalice (ver en este sentido, Resolución 101/2016 de OARC/KEAO), y, finalmente, (iv) no especifica las circunstancias objetivas que habilitan la modificación del acuerdo marco.

El procedimiento para la licitación de los contratos basados en el acuerdo marco se regula en el artículo 221.6) de la LCSP, cuya letra e) dispone que dichos contratos se adjudicarán al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, valorada según los criterios fijados en el acuerdo marco. Consecuentemente, lleva razón

el recurrente al considerar que no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado sino que todos los criterios deben estar predeterminados en el acuerdo marco, sin perjuicio de que el criterio “plazo de ejecución” pueda ser precisado en el contrato basado, como por ejemplo que se solicite su oferta en horas, días o meses.

Resolución 3/2019

AIR LIQUIDE estima que el hecho de que en los contratos basados se puedan valorar todos o algunos de los conceptos valorados en el Acuerdo Marco, pudiendo ser las ponderaciones distintas (ver la cláusula 39, citada en la letra a) anterior), supone facultar al poder adjudicador para alterar los términos del Acuerdo Marco en detrimento de la seguridad jurídica y de los principios rectores del proceso de selección de las ofertas. Este motivo de recurso es similar a uno de los analizados por este OARC/KEAO en su Resolución 106/2018; en ella se señalaba que la licitación de los contratos basados se regula en el artículo 221.6) e) de la LCSP, que dispone que se adjudicarán a la empresa que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP, valorada según los criterios fijados en el Acuerdo Marco. Consecuentemente, la impugnación debe aceptarse, pues no puede quedar al arbitrio del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no un criterio de adjudicación en el contrato basado, sino que todos ellos (y su ponderación, exigida en el artículo 145 al que se remite el 221.6) deben estar predeterminados en el Acuerdo Marco.

4.1.3. Procedimiento negociado

Resolución 83/2019

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.4 a) de la LCSP, en el expediente debe justificarse la elección del procedimiento de adjudicación. A diferencia de lo que sucede en los procedimientos restringidos (salvo para los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento) y abiertos, que son de utilización ordinaria, este requisito es en este caso fundamental, pues los preceptos que facultan acudir al procedimiento negociado sin publicidad previa deben interpretarse de manera estricta, evitando que su contenido termine aplicándose a supuestos no claramente comprendidos en ella, y la concurrencia de los requisitos necesarios debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda aplicar este procedimiento (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, asunto C-385/02, ECLI:EU:C:2004:522, de 14-9-2004, apartado 19, y las que en ella se citan, así como las Resoluciones 106/2014 y 162/2018 del OARC/KEAO). En sentido análogo, el Considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece, entre otras cosas, que se trata de un procedimiento reservado a circunstancias muy excepcionales, limitadas a los casos en los que la publicación no es posible, como cuando está claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato, debiendo especificarse por qué no hay otras

alternativas a este procedimiento; cuando la exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular (por ejemplo, que solo un concreto operador puede alcanzar los resultados necesarios, o la necesidad de usar recursos al alcance de una única empresa), especificando tanto dichas razones técnicas como que estas hacen absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada (ver la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2005, C-394/02, ECLI:EU:C:2005:336, apartado 34, y las que en ella se citan).

Aplicada la citada doctrina al caso planteado, este Órgano entiende, por las razones que se exponen a continuación, que no está fundada la elección del procedimiento negociado sin publicidad previa, por lo que el motivo de impugnación debe aceptarse:

1. La argumentación del poder adjudicador se basa, en primer lugar, en que GE ha justificado documentalmente sus derechos exclusivos sobre el objeto del contrato. Esta justificación es una declaración de la propia GE, que se atribuye a sí misma la condición de único representante autorizado en España por el fabricante, para la comercialización, instalación y mantenimiento de todos los productos de GE Healthcare Europe. Sin perjuicio de si dicha autorización es o no estrictamente necesaria para la correcta ejecución del objeto del contrato (extremo que no se acredita), e incluso de si es o no compatible con el derecho de la competencia (ver, por ejemplo, el artículo 2.2 c) de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia), lo cierto es que se trata de un documento que difícilmente puede tener valor probatorio alguno frente a terceros. Además, aunque el resto de su contenido señala varios aspectos que podrían ser relevantes para la ejecución de la prestación e incluso que podrían hipotéticamente hacer ventajosa una posible oferta de GE (capacidad y formación técnica del personal, disponibilidad de herramientas avanzadas, aplicación de procedimientos específicos recomendados por el fabricante, sistema logístico, etc.), no se justifica que concurran únicamente en dicha empresa ni mucho menos que obliguen inexcusablemente a adjudicar el contrato sin promoción de concurrencia; por el contrario, son aspectos que pueden incluirse en las diferentes fases de un procedimiento con publicidad (requisitos de solvencia, criterios de adjudicación...) o en el clausulado del contrato (prescripciones técnicas, condiciones de ejecución...).
2. El otro motivo alegado por Osakidetza es la complejidad técnica de los equipos; sin embargo, esta condición no implica, por sí sola, que la prestación solo pueda ejecutarse por un único empresario; además, deben aportarse explicaciones detalladas que demuestren la necesidad de recurrir a dicho único empresario (ver, por ejemplo, los apartados 21 y 22 de la sentencia C-385/02, antes citada), lo que el poder adjudicador no ha hecho.

4.3. MESA DE CONTRATACIÓN

4.3.1. Requisitos de la válida constitución de la Mesa

Resolución 218/2019

Téngase en cuenta que el artículo 326 de la LCSP, que regula las mesas de contratación, no tiene carácter básico (Disposición final primera de la LCSP), por lo que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar su propia norma reguladora de la materia, que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público es el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que ha de ser de aplicación preferente en esta materia. En concreto, esta norma regula la creación y composición de las mesas de contratación y, en lo que a los miembros que han de asistir a las sesiones para que se considere que el órgano colegiado se halla válidamente constituido, su artículo 8.4 exige que estén presentes (...) quienes tengan encomendadas las funciones de presidencia, secretaría y asesoramiento jurídico del órgano de contratación. No obstante, en aquellas reuniones de la Mesa de Contratación en las que se deban adoptar decisiones técnicas relativas al objeto del contrato, su válida constitución requerirá, además, la presencia del vocal que tenga atribuida la función del asesoramiento técnico del órgano de contratación. En lo que respecta a la presencia del vocal que tiene encomendada la función de control económico el citado precepto dispone que “La asistencia del vocal representante de la Oficina de Control Económico será determinada en cada caso por el titular del referido órgano, en función de las características y naturaleza de la contratación correspondiente”, sin que exista previsión expresa sobre la necesidad de su presencia como una regla necesaria para considerar válidamente constituido el órgano colegiado.

4.3.2. La Mesa en los poderes adjudicadores que no son Administración Pública

Resolución 170/2019

Nos encontramos ante un contrato que ha de celebrarse por un poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la LCSP, no tiene la obligación de contar durante el procedimiento de adjudicación con una Mesa de Contratación (ver, en este sentido la Resolución 100/2016 del OARC/KEAO que, si bien referido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sus conclusiones sobre esta cuestión son aplicables al caso, así como la Recomendación de 1 de marzo de 2018 de la Junta consultiva de la Contratación Pública del Estado).

4.4. COMITÉ DE EXPERTOS

4.4.1. Composición del Comité de expertos

Resolución 162/2018

El artículo 146 a) de la LCSP anteriormente transcrito establece que los expertos podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato. Pues bien, del expediente remitido por Osakidetza se desprende que los miembros del comité pertenecen a los servicios dependientes del órgano de contratación (Director-Gerente de la OSI Barakaldo-Sestao) pero no están adscritos al órgano proponente (Suministros y Almacenes), entendido como aquel que promueve la contratación y que interviene en el procedimiento emitiendo el informe al que se refiere el artículo 73 del Reglamento Ley Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Resolución 108/2019

La recurrente considera que los miembros del comité al pertenecer a las diversas OSIs de Gipuzkoa no pueden formar parte del órgano de expertos, ya que son parte de la estructura orgánica del órgano proponente del contrato (Dirección General de Osakidetza) lo que podría condicionar la necesaria independencia y objetividad a la hora de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor. El artículo 146 de la LCSP establece, al respecto, lo siguiente: Aplicación de los criterios de adjudicación. (...) La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos: a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Pues bien, del expediente se desprende que los miembros del comité pertenecen a las Organizaciones de Servicios Integrados (OSIs) de Gipuzkoa, y que el órgano proponente del contrato (y también órgano de contratación) es el Director General; a este efecto, debe entenderse por órgano proponente aquel que promueve la contratación y que interviene en el procedimiento emitiendo el informe razonado, exponiendo la necesidad de la contratación, al que se refieren los artículos 28.1 y 116.4 de la LCSP y el artículo 73 del Reglamento de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas. De acuerdo con el artículo 11 b) de los Estatutos de Osakidetza (aprobados por el Decreto 255/1997) al Director General le corresponde ejercer la dirección de todos los servicios y del personal del Ente Público. Sin embargo, de los citados Estatutos (artículo 4.2) se deduce también que la Organización Central (en la que se incluye el Director General) y cada una de las diversas OSIs constituyen unidades orgánicas diferentes,

por lo que se satisface el artículo 146.2 a) de la LCSP, que exige que los miembros del Comité no estén adscritos al órgano proponente del contrato; a juicio de este Órgano, este término no alude a la ausencia de dependencia jerárquica o funcional, sino a la prohibición de que los expertos se incluyan orgánicamente en la estructura de la unidad organizativa promotora. Consecuentemente, no se observa infracción normativa alguna, por lo que debe desestimarse esta alegación.

4.4.2. Supuestos en los que debe intervenir

Resolución 90/2019

Alega la recurrente que al configurar los pliegos una fase eliminatoria en el procedimiento de tal forma que se hace necesario obtener como mínimo 20 puntos en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor para no ser excluido del procedimiento de adjudicación, de facto, los criterios subjetivos suponen en esa primera fase el 100% de la ponderación, por lo que se requiere la constitución de un comité de expertos cuya omisión en los pliegos implica la nulidad de pleno derecho de los mismos por obviarse un trámite esencial del procedimiento administrativo.

Esta alegación no puede aceptarse. La obligada constitución del comité de expertos procede cuando la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor tiene atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática (artículo 146.2 a) de la LCSP), y ello, independientemente de que existan fases eliminatorias. En este sentido, la norma permite el establecimiento de un umbral de puntuación mínimo a alcanzar por el licitador para continuar en el proceso selectivo, de modo que habilita la exclusión de aquellos licitadores que no alcancen la puntuación que en su caso se hubiera fijado sin necesidad de intervención del comité de expertos. En el presente supuesto, los criterios subjetivos alcanzan una ponderación del 28,57 % del total (40 puntos sobre 140), lo que excluye per se la exigencia de que la valoración de las ofertas mediante la aplicación de los criterios dependientes de un juicio de valor deba realizarse por el citado comité, puesto que la norma permite el establecimiento de un umbral de puntuación mínimo a alcanzar por el licitador para continuar en el proceso selectivo, de modo que habilita la exclusión de aquellos licitadores que no alcancen la puntuación que en su caso se hubiera fijado sin necesidad de intervención del comité de expertos.

5. PLIEGOS DEL CONTRATO

5.1. CUESTIONES GENERALES

5.1.1. Correcta definición del objeto

Resolución 138/2018

El poder adjudicador goza de discrecionalidad para configurar el contrato de la forma que le sea más favorable y goza de la libertad para incluir los pactos, cláusulas y condiciones que estime oportunas, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (artículo 34 LCSP). En este sentido, el recurrente no alega norma jurídica alguna que se vea contravenida por el establecimiento de la estipulación impugnada y sus argumentos se centran en querer eliminar el riesgo y ventura de la ejecución del contrato, que debe ser asumida por el contratista (artículo 197 LCSP) y en la invocación de una práctica del sector respecto de la facturación de sus servicios que no descarta otras formas de ejecutar la prestación y de facturarla. En suma, el recurrente pretende reducir o eliminar el riesgo y ventura propia de toda actividad empresarial y realizar una configuración de la obligación que le sea favorable pretendiendo imponérsela al órgano de contratación.

Especialmente, este OARC/KEAO considera que no se ha acreditado que el poder adjudicador haya diseñado el contrato de modo contrario a los principios generales de la contratación pública o de forma arbitraria o caprichosa, por el contrario, el poder adjudicador justifica la oportunidad de que los licitadores oferten precios unitarios máximos en la necesidad de controlar el coste de los servicios demandados.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que esta configuración del contrato no ha impedido al recurrente ni al tercero interesado presentar oferta en el procedimiento de adjudicación.

Resolución 162/2018

El recurrente alega que el lote 1 del presente expediente de contratación está licitado y adjudicado a la propia recurrente mediante el Acuerdo Marco para el suministro de equipos de infusión para las OSIs de Osakidetza. El propio poder adjudicador confirma dicha circunstancia, por lo que existe una infracción de la LCSP, que sostiene el principio de que los contratos a él sujetos deben tener como finalidad el interés general, que debe acreditarse concretamente para cada uno de ellos (artículo 28.1 LCSP). En este sentido, es claro que, por amplia que sea la discrecionalidad que asiste al poder adjudicador para determinar el modo más idóneo de satisfacer dicho interés, nunca ampararía la duplicidad de objeto, porque ello significaría una doble asignación de recursos públicos para atender la misma necesidad (ver, por ejemplo, las Resoluciones 18 y 52/2015 de este OARC/KEAO). Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse.

Resolución 186/2018

Como repetidamente ha manifestado este Órgano resolutorio, el Órgano de contratación goza de discrecionalidad en el momento de configurar el objeto del contrato (ver, entre otras, la Resolución 84/2017 de este OARC/KEAO), lo cual implica que puede definirlo en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que pretende satisfacer (artículo 99 de la LCSP) sin tener que ajustarse a un esquema determinado, tal y como pretende el recurrente. En el supuesto que nos ocupa, la obligación de mantener actualizado el inventario no es una estipulación ajena a la prestación principal; en este sentido, el artículo 126 de la LCSP, permite que las prescripciones técnicas se refieran al proceso o método específico de prestación de los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material del servicios siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Por otro lado, el recurrente no ha acreditado que la inclusión de esta prestación en el contrato limite indebidamente el acceso al procedimiento de adjudicación ni que sea una fusión arbitraria de servicios heterogéneos con la intención fraudulenta de perjudicar o favorecer a un cierto operador económico o grupo de operadores (ver, por analogía, el artículo 34.2 de la LCSP y la Resolución 175/2018 del OARC/KEAO).

Resolución 87/2019

A la vista de lo anterior, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC/KEAO sobre todo ello, las cuales deben partir de lo establecido en la sentencia 230/2018, que resuelve litigios similares al ahora analizado; en concreto, es necesario verificar los motivos alegados por el poder adjudicador para proceder a la contratación impugnada y contrastarlos con los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan la externalización (Decreto 106/2008 y Acuerdo de Mesa General).

a) Sobre la motivación de la necesidad de la contratación

En síntesis, Osakidetza indica en la memoria de inicio del procedimiento de adjudicación que la contratación es obligada por la alta especialización técnica necesaria para la ejecución del contrato, que supera con mucho la que precisa el personal propio para sus tareas habituales, siendo inconveniente e imposible la reorganización de dicho personal. Asimismo, se alega, como argumento para medir la excepcionalidad de la externalización, el escaso importe del contrato en relación con el gasto global del contrato de limpieza integral del Hospital que fue anulado por la Resolución 45/2017 del OARC/KEAO.

b) Sobre el alcance de la limitación de la externalización

A falta de la interpretación que las partes signatarias dan a los Acuerdos, plasmada en los foros bilaterales en ellos previstos (ver, por ejemplo, la Comisión de Seguimiento señalada en

el punto 6.4 del Acuerdo de Mesa General), deben formularse las siguientes observaciones al respecto:

b.1) Sobre la sentencia 230/2018

De esta sentencia son especialmente interesantes, por su aplicación al caso concreto, los siguientes aspectos:

- como bien señala Osakidetza, la base del sentido de la sentencia no es la infracción de los acuerdos de negociación colectiva (los motivos planteados al respecto quedan “imprejuzgados”, según señala el Fundamento jurídico sexto), sino la omisión en el expediente de la preceptiva motivación de la necesidad del contrato, exigida por los artículos 22.1 y 109.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (equivalentes a los actuales artículos 28.1 y 116.4 e) de la LCSP), cuestión planteada por el propio Tribunal (ver el Fundamento jurídico quinto de la sentencia 230/2018).
- la motivación de la externalización de los servicios debe ser especialmente rigurosa habida cuenta de que se ha asumido “un claro compromiso de prestarlos a través de medios propios, y según sostienen los sindicatos recurrentes, cuenta con personal para llevarlos a cabo”.
- la sentencia abre la posibilidad, en su Fundamento jurídico quinto, de que Osakidetza pueda invocar en el expediente de contratación alguna circunstancia específica concurrente que pueda motivar la excepcionalidad que permitiría las contrataciones de servicios que tengan por objeto actividades no implantadas o que implantadas no estuvieran contratadas a fecha 1 de enero de 2010 (fecha de inicio de la vigencia del Acuerdo de Mesa General). A juicio de este Órgano, ello implica que el TSJPV parece entender que la prohibición de externalización admite excepciones debidamente justificadas, dado que, de lo contrario, sería completamente irrelevante reprochar la falta de una motivación que, de aportarse, tampoco permitiría fundamentar una contratación incluida en el ámbito objetivo de los Acuerdos.

b.2) Sobre las finalidades de la limitación de la externalización

Es oportuno recordar que dicha limitación obedece a dos finalidades. En primer lugar, responde a una cierta concepción del sector público que opta por la asunción de los servicios a los ciudadanos con personal propio como un “valor preferente” (Acuerdo de la Mesa General) o como una muestra de la apuesta por un “sistema global de nuestro sistema sanitario” (Decreto 106/2008); además, desde el punto de vista sindical, se trata de dar estabilidad y mayores posibilidades de promoción y movilidad a los empleados públicos (o aspirantes a serlo) que desempeñen las funciones objeto de externalización.

c) Sobre la suficiencia de la motivación de la externalización

A juicio de este OARC/KEAO, la justificación de Osakidetza, analizada en su globalidad y desde la perspectiva señalada en las letras a) y b) anteriores, es suficiente para sustentar la legalidad del acceso a la externalización en este caso concreto por las razones que se exponen a continuación:

1. Habida cuenta de que se trata de una actividad puntual y de escasa importancia económica si se considera dentro de la totalidad de los servicios de limpieza que precisa el Hospital, que además no repercute directamente en la atención a la ciudadanía, no parece que la externalización sea incompatible con la visión de los servicios públicos que los acuerdos dicen defender.
2. La alta especialización necesaria para la ejecución del contrato permite descartar razonablemente la posibilidad de que el personal propio realice las funciones descritas en el contrato o que vaya a procederse a una ampliación o reorganización de la actual plantilla y de las funciones atribuidas a los actuales puestos. Debe tenerse en cuenta que la prestación que se pretende contratar y que el recurrente estima que podría asumirse por el personal propio, en los términos en los que discrecionalmente la ha configurado Osakidetza, requiere cualificación específica en destrezas tales como el trabajo en altura, manejo de medios técnicos de los que no dispone Osakidetza, seguridad y prevención o uso de productos de limpieza tóxicos.

Resolución 212/2019

En las resoluciones anteriormente citadas el OARC/KEAO ha concluido que, en lo que respecta a la delimitación del objeto del contrato, los Acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de ciertos servicios son parte del “fondo parcialmente reglado” que el poder adjudicador debe respetar cuando ejerce su potestad discrecional de autoorganización para determinar si presta un servicio con sus propios medios o con medios ajenos, y cuya infracción es parte del núcleo material del acto discrecional que forma parte del control de legalidad atribuido al recurso especial.

5.1.2. División en lotes

Resolución 98/2018

Por ello, este Órgano aprecia que el poder adjudicador ha infringido los límites de la discrecionalidad al justificar la no división en lotes por ser la motivación incoherente con lo exigido por los documentos contractuales, por lo que debe estimarse este motivo impugnatorio con el alcance que se especifica en el fundamento jurídico décimo de esta resolución.

Resolución 175/2018

En anteriores ocasiones (ver, por todas, la Resolución 40/2018), este OARC/KEAO ha señalado que la discrecionalidad asiste a los poderes adjudicadores para adoptar la decisión de dividir o no el contrato en lotes y, en su caso, para configurar dichos lotes con uno u otro criterio (ver, por ejemplo, la Resolución 17/2018), si bien el artículo 99.3 de la LCSP establece la preferencia de la división por lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, debiéndose justificar debidamente en el expediente la opción de no dividir. A partir de esta consideración, este Órgano únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador (i) si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad, (ii) si comprobara que la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores, o (iii) si constara la infracción de alguno de los principios básicos de la contratación pública.

Resolución 3/2019

El artículo 99.3 de la LCSP es claro en establecer que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, si bien el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el contrato cuando existan motivos válidos que deberán justificarse debidamente en el expediente. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de no dividir, por lo que no es posible sustituir este trámite por una justificación posterior; además, dicha motivación posterior no cumpliría con la función de informar de las razones discrecionalmente empleadas por el poder adjudicador para optar por la no división para, en su caso, poder ser impugnados por los interesados (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2018 del OARC/KEAO) o poder este Órgano verificar su legalidad. De acuerdo con el artículo 99.3 de la LCSP, la obligación de motivación solo sería inaplicable cuando de la misma naturaleza u objeto de la prestación se desprenda la imposibilidad material de la división, lo que no sucede en este caso, en el que, a la vista del PPT, el contrato podría, en principio, separarse con criterios, por ejemplo, territoriales (campus universitarios) o funcionales (tamaño, molécula...), sin perjuicio de que, a pesar de ello, la UPV / EHU pudiera haber alegado argumentos válidos para adjudicar el contrato sin división (ver las letras a) y b) del artículo 99.3 de la LCSP).

Resolución 12/2019

A falta de dicha explicación, este Órgano considera que la división practicada es artificiosa, como se desprende del hecho de que en el lote 1 está comprendida la “planificación y ejecución de acciones” que faciliten la “apertura y disponibilidad” de los espacios e instalaciones en los que va a ejecutarse la prestación que constituye el objeto del lote 2; es decir, la división no permite la “realización independiente” característica de cada uno de los lotes, tal y como exige el artículo 99.3 de la LCSP; por el contrario, prevé la realización simultánea e interdependiente o subordinada de ambos, de modo que el lote 2 no puede ejecutarse si, por ejemplo, el contratista del lote 1 incumple sus obligaciones contractuales. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que los pliegos condicionen la formalización de dicho lote 2 a

la del lote 1, de modo que, de quedar desierto este último, no se formalizaría la adjudicación del primero. Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

Resolución 175/2019

Sobre la división por lotes, este OARC/KEAO ya ha señalado (ver, por todas, su Resolución 3/2019) que el artículo 99.3 de la LCSP es claro en establecer que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes; no obstante, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el contrato cuando existan motivos válidos que deberán justificarse debidamente en el expediente. Esta norma debe interpretarse en el sentido de que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de no dividir, por lo que no es posible sustituir este trámite por una justificación posterior; además, dicha motivación posterior no cumpliría con la función de informar de las razones discrecionalmente empleadas por el poder adjudicador para optar por la no división para, en su caso, ser impugnados por los interesados (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2018 del OARC/KEAO) o poder este Órgano verificar su legalidad.

Resolución 182/2019

Sobre la división por lotes, este Órgano ya ha indicado en ocasiones anteriores que la decisión de adjudicar o no el contrato por lotes, así como la elección de los criterios con los que se estructura ésta (territoriales, funcionales, etc.) en el caso de que se opte por la partición, se insertan dentro de la facultad discrecional que asiste al poder adjudicador para configurar el objeto del contrato de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés general (ver, por todas, la Resolución 136/2018 del OARC/KEAO). Como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos (singularmente, a este OARC/KEAO) emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este núcleo figuran, por citar los elementos más relevantes para el caso estudiado, el fondo parcialmente reglado de la potestad y el respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, a los recogidos en el artículo 1 de la LCSP, entre los que se encuentra el análisis de si la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores (ver, en este sentido la Resolución 175/2018 del OARC/KEAO).

En cuanto al fondo parcialmente reglado, hay que señalar que la división del contrato en lotes, que la LCSP considera ahora como la opción preferente (ver el artículo 99.3 de la LCSP y, por ejemplo, la citada Resolución 136/2018) es, en cierto sentido, una excepción a la clásica regla de prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato contenida ahora en el artículo 99.2 de la LCSP. El fundamento de la excepción radica, en primer lugar, en que la división en lotes no altera drásticamente las normas procedimentales y de publicidad que se habrían aplicado aunque no hubiera existido dicha división, resultado fraudulento que el principio general pretende evitar (artículo 99.6 de la LCSP) y, en segundo lugar, lo que es más importante para este caso, en que no se trata de una partición caprichosa en prestaciones sin identidad funcional propia (claro indicio del carácter fraudulento del fraccionamiento); por el contrario, el artículo 99.3 de

la LCSP recuerda que cada lote debe ser susceptible de “realización independiente”. Por lo que se refiere a los principios generales, es especialmente relevante determinar si la decisión de dividir y la elección de los criterios de la división se sustentan en razones atendibles que los justifican y que descartan una actuación arbitraria del poder adjudicador contraria a principios como el libre acceso al procedimiento de adjudicación, la igualdad de trato o la salvaguarda de la libre competencia; esta actuación se daría si, por ejemplo, la estructura del contrato a los efectos de su adjudicación se ha configurado de modo que beneficia o perjudica a un licitador o categoría de licitadores sin causa suficiente y proporcionada que lo explique. No obstante, debe señalarse que, a diferencia de lo que sucede con la decisión de no dividir, la decisión de dividir y la elección del criterio de configuración de los lotes no están sujetas a una motivación expresa que deba constar en el expediente. Finalmente, hay que señalar que los potenciales licitadores no tienen un derecho a exigir al órgano de contratación una estructura de los lotes que les sea favorable y que se imponga a la facultad de fijar discrecionalmente el objeto del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2018 del OARC/KEAO).

Sentado lo anterior, este Órgano considera que el recurrente, más allá de una afirmación genérica de que se beneficia indebidamente a CORREOS, no ha acreditado arbitrariedad alguna en el criterio de división adoptado por el Ayuntamiento, basada en una configuración funcional con prestaciones bien diferenciadas en cada lote que no se considera ni irracional ni ilógica, observándose que el recurrente pretende sustituir el criterio del poder adjudicador por el suyo propio, necesariamente interesado y parcial.

5.1.3. Requisitos de las modificaciones previstas

Resolución 152/2018

Este OARC/KEAO considera que, en términos generales, la información contenida en el anuncio del DOUE satisface los requerimientos del artículo 204 de la LCSP. En concreto, se observa que está formulada de forma clara, precisa e inequívoca, en cuanto a su contenido, se prevé la modificación respecto a los nuevos equipos adquiridos durante la ejecución del contrato y que el coste derivado de los mismos se realizará de forma contradictoria, tomando como base el coste derivado de equipos iguales o semejantes.

Ahora bien, el citado anuncio del DOUE conculca el contenido del artículo 204 de la LCSP en dos aspectos; el primero, en lo referente al porcentaje máximo de la modificación prevista, ya que el límite marcado por el precepto legal es del 20 por ciento, no del 25 por ciento, y el segundo, en lo referido a la base respecto de la que se calcula dicho porcentaje, que debe ser el precio inicial y no el presupuesto de contrato, que es una expresión que conecta con la de presupuesto base de licitación, definido en el artículo 100 de la LCSP como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario y que, según expresamente se manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP, se trata de un concepto diferente al del precio del contrato, definido en el artículo 102 de la LCSP como el precio que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado, entendiéndose incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido,

que en todo caso se indicará como partida independiente. No puede aceptarse la alegación del poder adjudicador de que se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 203 de la LCSP, respetándose así el porcentaje del 20 por ciento sobre el precio inicial del contrato, por dos razones; la primera, que la ilegalidad es clara y el eventual cumplimiento de los límites impuestos por el citado precepto no puede quedar a expensas de una hipotética actuación futura del órgano de contratación durante la ejecución del contrato y, la segunda, porque se infringe el principio de transparencia, que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que no se modifiquen durante todo el procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016, de este OARC/KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita) si la información facilitada a los eventuales licitadores y contenida en el valor estimado del contrato, además de no ajustarse a los requerimientos del artículo 204 de la LCSP, no concordara con los límites que el poder adjudicador dice que efectivamente va a respetar durante la ejecución del contrato.

Además del incumplimiento en cuanto a los límites permitidos de la modificación prevista, se incumple el mandato de que la previsión de la modificación se incluya en el PCAP, tal y como ordena el artículo 204 de la LCSP, a diferencia de la regulación que obraba en el derogado TRLCSP, cuyo artículo 106 permitía que la regulación de una eventual modificación del contrato constara indistintamente tanto en los pliegos como en el anuncio de licitación.

5.1.4. Documentos incluidos en el concepto de “pliegos”

Resolución 112/2018

En primer lugar, procede determinar la naturaleza de las aclaraciones de los pliegos. Debe señalarse que, en el presente caso, el objeto de la impugnación no es solo un apartado de la carátula del PCAP, sino también, y muy especialmente, la respuesta que el poder adjudicador ha dado a una consulta formulada por una empresa interesada sobre el alcance de dicho apartado y que se ha publicado en el perfil del contratante. Tales respuestas pueden ser objeto de recurso porque se incluyen en la amplia definición de “pliego de contratación” recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC/KEAO, las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajusta a ellas, son “documentos adicionales” que fijan los términos de dicho procedimiento. Consecuentemente, su adecuación a la legalidad debe poder ser revisada por los órganos encargados de resolver el recurso

especial para que éste cumpla con el efecto útil querido por la legislación europea en materia de recursos, que es, entre otros, conceder a los interesados la posibilidad de depurar las bases de la licitación contrarias a Derecho (artículo 2.1 b) de la Directiva 1989/665/CEE, que es la norma que se transpone en los artículos 44 y siguientes de la LCSP). En particular, si la respuesta a una consulta supone, de hecho, una modificación significativa de los pliegos sin que ello conlleve la ampliación del plazo inicial para la presentación de ofertas (artículo 136.2 de la LCSP), existe una infracción de la legislación contractual susceptible de impugnarse mediante el recurso especial. Esta actuación infringiría los principios de transparencia e igualdad, que requieren que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2015 del OARC/KEAO), lo que afecta a sus modificaciones, que deben tener la misma publicidad, en medios y forma, que el anuncio inicial.

Resolución 157/2018

Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes y consentidos una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, vinculando tanto a la Administración como a los licitadores. Además, las respuestas (aclaraciones) dadas por el poder adjudicador a las dudas de los potenciales licitadores se incluyen en la amplia definición de pliego de contratación recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC/KEAO (ver, en este sentido la Resolución 112/2018), las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajustará a ellas, son documentos adicionales que fijan los términos de dicho procedimiento.

Resolución 92/2019

A juicio de este OARC/KEAO esta información tiene el carácter de vinculante para los participantes en el procedimiento de adjudicación y para el poder adjudicador, a pesar de que la cláusula 14 del PCAP no establezca que las respuestas facilitadas a las aclaraciones solicitadas tendrán el carácter de vinculantes (último párrafo del artículo 138.3 de la LCSP), por las siguientes razones:

— La información publicada por el poder adjudicador es una mera aclaración, pues se limita a esclarecer las dudas manifestadas por un concreto licitador, sin introducir alteración o

modificación alguna a la información contenida en el PCAP.

- La aclaración publicada por el poder adjudicador es un documento adicional que fija los términos del procedimiento de adjudicación (se refiere a la forma de presentar la proposición), por lo que entra dentro de la amplia definición de “pliego de contratación” efectuada en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional.
- La respuesta facilitada a la consulta efectuada por un licitador se ha publicado en el perfil de contratante, para general conocimiento del consultante y los potenciales licitadores, en el plazo establecido en el art. 138.3 de la LCSP y ha generado en ellos una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajustará a lo manifestado.
- Esta información no ha sido recurrida en tiempo y forma, por lo que su contenido rige la licitación, vinculando al poder adjudicador y a los operadores económicos que participan en ella.

5.1.5. Vigencia y plazo de ejecución

Resolución 162/2018

Como puede observarse, el artículo 29 de la LCSP contiene un mandato a los órganos de contratación para que evalúen, antes de fijar la vigencia de un contrato (y debe entenderse que también antes de proceder a su posible prórroga), si la duración es adecuada al principio de concurrencia, más exactamente, a la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización del objeto contractual. Esta precaución tiene la finalidad de evitar que una vigencia excesivamente prolongada restrinja la competencia y perjudique a potenciales licitadores interesados en obtener la nueva adjudicación, así como al poder adjudicador, que podría beneficiarse de mejores ofertas en un nuevo procedimiento con promoción de concurrencia. Ahora bien, el legislador también ha establecido un plazo máximo que debe ser respetado, en todo caso.

A partir de aquí, el poder adjudicador goza de un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los pliegos, discrecionalidad que no es absoluta, pues ha de cumplir con las concretas obligaciones establecidas en la LCSP. Así, establecida por esta un plazo máximo de cinco años para los contratos de suministros, la duración del presente contrato es conforme a la normativa contractual vigente. Por otro lado, la pretensión del recurrente no puede sustituir

a la voluntad del poder adjudicador en cuanto a la configuración discrecional del contrato. Por todo ello, debe desestimarse este motivo impugnatorio.

5.1.6. Rectificaciones de los pliegos

Resolución 112/2018

Esta rectificación de los pliegos tiene carácter significativo por afectar al objeto del contrato y al alcance de las obligaciones del adjudicatario, por lo que debió conllevar el establecimiento de nuevos plazos para la presentación de proposiciones (como solicitó el recurrente), en los términos previstos en el artículo 136.2 de la LCSP, lo que no se hizo. Por otro lado, del propio expediente administrativo remitido se desprende que no todos los potenciales licitadores tuvieron conocimiento de dicha modificación al mismo tiempo, es decir, con la publicación del día 20 de junio, sino que el licitador que planteó la cuestión tuvo conocimiento de aquella dos días antes, esto es, el 18 de junio (folio 854), por lo que no todos los operadores tuvieron el mismo plazo para preparar las ofertas, contraviniendo, como decimos, los principios de igualdad de trato y transparencia. Por todo ello, este motivo de recurso debe ser estimado

Resolución 66/2019

Pues bien, de la simple lectura de la “aclaración” se desprende que el contenido de la nota no se limita a esclarecer las dudas manifestadas por los licitadores, sino que establece unas reglas no reflejadas con anterioridad en el pliego. En concreto, limita los certificados a que sean oficiales y expedidos por entidades públicas, cuando de la dicción literal del criterio de adjudicación no se desprende tal conclusión; se indica que se valorarán certificados en calidad lingüística. De este modo, se limita el tipo de certificados en calidad lingüística a la hora de proceder a la valoración de las ofertas, lo que supone una mayor restricción del criterio que resulta sustancial, hasta el punto de que los certificados emitidos por entidades privadas no serán puntuados.

Se trata, pues, una modificación de las bases de la licitación y no una simple interpretación o aclaración, lo que supone una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236) con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma a lo largo de todo el procedimiento y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en

este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C458/03, ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 68/2018 del OARC/KEAO). De acuerdo con ello, los artículos 122.1 y 124 de la LCSP exigen que las modificaciones de los pliegos posteriores a su aprobación por razones diferentes al mero error material, de hecho o aritmético, conlleven la retroacción de actuaciones.

En el presente caso, se han modificado condiciones esenciales de la licitación (criterio de valoración) sin la debida publicidad (DOUE), conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP, por lo que el mero transcurso del tiempo sin haber actuado contra la supuesta aclaración, que en realidad disfraza una modificación de los pliegos, no puede ser opuesto a la recurrente, quien confía en que una alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación. Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

Por tanto, debe concluirse que una actuación como la efectuada por el poder adjudicador resulta contraria al principio de transparencia y al de seguridad jurídica lo cual supone que la valoración del certificado de calidad lingüística efectuada conforme a la modificación irregular efectuada con posterioridad a la aprobación de los pliegos ha de anularse, debiéndose retrotraer las actuaciones para la realización de una nueva valoración del certificado de calidad lingüística aportado conforme a la dicción inicial del criterio de adjudicación.

Resolución 112/2019

El recurrente estima que es recomendable que se actualice la cláusula específica 29 del PCAP con la mención de la legislación vigente en materia de protección de datos personales. Con independencia de que del tenor literal de la alegación no se deduce claramente su carácter impugnatorio, este Órgano estima que, como bien señala el poder adjudicador, la incidencia es un error material susceptible de subsanación en los términos establecidos en el artículo 122 de la LCSP; en especial, debe tenerse en cuenta que los pliegos no pretenden crear obligaciones contractuales, sino mencionar la legislación aplicable, aunque en este caso lo hagan erróneamente, la cual vincula al contratista por su propia fuerza obligatoria y a pesar de dicho error.

Resolución 113/2019

Debe descartarse que nos encontremos ante un mero error material de los que pueden corregirse en cualquier momento de oficio o a instancia del interesado (artículos 109.2 de la LPAC y 124 de la LCSP), especialmente porque esta figura no comprende los supuestos en los que la apreciación del presunto error depende de datos que no figuran ni pueden deducirse del contexto del acto, sino que deben ser extraídos de una fuente ajena a él, como es, en este

caso, la adscripción efectiva de los vehículos al servicio (ver, por ejemplo, las Resoluciones 180 y 183/2018 del OARC/KEAO), ni aquellos cuya rectificación da lugar a un acto con un contenido distinto.

Consecuentemente, en cuanto advirtió la incidencia, el poder adjudicador debió aplicar el artículo 124 de la LCSP y modificar el PPT, retrotrayendo actuaciones. Para llegar a esta conclusión no es necesario que este OARC/KEAO determine si la infracción fue o no determinante de la adjudicación impugnada, pues lo relevante es que los pliegos que han regido la licitación no contenían, como pide el artículo 122.2 de la LCSP, el verdadero alcance de los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, el cual solo era conocido por uno de los licitadores, lo que vicia todo el procedimiento de adjudicación.

FCC y el poder adjudicador alegan que el recurrente pudo tener conocimiento de la existencia de los tres vehículos omitidos en el Anexo I del PPT y de su condición de disponibles para la ejecución del contrato mediante la información posterior publicada en la Plataforma de Contratación o en la visita de inspección ofrecida a los licitadores en el apartado 8 del PPT y a la que la UTE no asistió. Estas alegaciones no son aceptables. Por mucha relevancia jurídica que pueda tener la información publicada en la Plataforma para aclarar diversos aspectos de la documentación contractual o del procedimiento de adjudicación, no puede sustituir a la modificación de los pliegos y la retroacción de actuaciones, único remedio de la omisión impugnada, como ya se ha señalado en la letra b) anterior; mucho menos puede reprochársele al recurrente que no haya sabido entender que dicha información debía integrarse con los pliegos originales modificando su alcance, lo que además supera con mucho lo que puede hacer una mera aclaración. En este sentido, la Resolución 66/2019 del OARC/KEAO señalaba que modificar los pliegos mediante una simple interpretación o aclaración supone una infracción del principio de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/ CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236). En el presente caso, condiciones esenciales de la licitación (referidas a las obligaciones asumidas por la Mancomunidad) no han tenido la debida publicidad, conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además del ya citado artículo 124 de la LCSP, por lo que no cabe oponer al recurrente las citadas aclaraciones; por el contrario, este debe confiar en que cualquier alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial (especialmente, la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea). Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.

Resolución 185/2019

Es claro que el contenido de la nota aclaratoria trasciende con mucho del propio de una simple aclaración de cláusulas ambiguas o dudosas del PPT y supone, de hecho, una modificación muy sustancial de este documento contractual, hasta el punto de que desvirtúa la importancia

de sus especificaciones, haciendo que ofertas inadmisibles con la redacción original puedan pasar a ser aceptables. Consecuentemente, se ha infringido el artículo 124 de la LCSP, que establece que el PPT solo puede ser modificado con posterioridad a su aprobación por error material, de hecho, o aritmético (lo que no sucede ni tampoco se invoca en ningún momento por el poder adjudicador) o, en cualquier otro caso, mediante la retroacción de actuaciones (que no se ha producido). La consecuencia de esta irregularidad es que el órgano de contratación no puede oponer una modificación esencial con apariencia de aclaración a los licitadores que han confiado en la inalterabilidad de los pliegos y en que cualquier cambio en los mismos se ajustaría al procedimiento correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 113/2019 del OARC/KEAO).

5.1.7. Motivación de distintos aspectos del expediente

Resolución 162/2018

Finalmente, en cuanto a los criterios de solvencia, el recurrente se limita a apuntar la falta de justificación, pero sin aportar ningún argumento que discuta el ajuste a la legalidad de los que figuran en los pliegos, ni mucho menos señalar en qué le perjudican, discriminan o impiden el acceso al procedimiento de adjudicación. Por ello, la impugnación no está soportada por un interés real y parece obedecer únicamente a la intención de incrementar el número de reproches legales a los pliegos con un criterio puramente formalista.

(...)

A diferencia de lo que sucede con los procedimientos extraordinarios, como el negociado sin publicidad, en el que la motivación de que concurre alguno de los requisitos excepcionales previstos en la LCSP que los justifican debe constar como requisito esencial para su utilización (ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2003, asunto C-20/01, ECLI:EU:C:2003:220, en especial el apartado 58, así como la Resolución 106/2014 del OARC/KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita), la elección del procedimiento abierto, que es ordinario por no estar reservado su uso a supuestos legalmente tasados, no requiere de la invocación de ningún precepto legal. Consecuentemente, la omisión de una justificación expresa difícilmente puede causar perjuicio al recurrente (de hecho, no hay alegación alguna tendente a acreditar dicho perjuicio), teniendo en cuenta además que el abierto es el procedimiento que facilita la mayor libertad de acceso a las licitaciones.

Resolución 166/2019

Debe señalarse que la memoria que da cumplimiento al mandato de los artículos 116.4 c) y 146.2 de la LCSP sobre justificación de los criterios de adjudicación en general, y de los sujetos a fórmula en particular, no especifica las razones de la elección de la Administración. No obstante, este Órgano ya ha señalado (ver, por ejemplo, su Resolución 95/2019) que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de

los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que contiene las razones de su oposición a la citada fórmula.

5.1.8. Régimen jurídico de los contratos mixtos

Resolución 202/2019

Téngase en cuenta que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 18.1 a) de la LCSP, la determinación del régimen jurídico del contrato mixto que comprenda en parte servicios especiales del anexo IV, y en parte otros servicios, se efectuará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios. Dado que en el presente contrato no existe una estimación separada del valor económico de ambas prestaciones, debemos acudir a lo establecido en PPT donde se observa que los servicios profesionales de asesoramiento de carácter fiscal tienen una relevancia cuantitativa y cualitativa muy inferior a las estrictamente jurídicas.

Resolución 142/2019

1. El contrato mixto se define en el artículo 18.1 de la LCSP como aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. La regulación sobre esta categoría tiene dos finalidades:
 - por un lado, impedir que la configuración del contrato con obligaciones propias de dos o más tipos contractuales ampare una amalgama de prestaciones sin sentido económico o funcional en perjuicio o beneficio de operadores interesados en la adjudicación (artículo 18.1 en relación con el artículo 34.2 de la LCSP; ver también la Resolución 175/2018 del OARC/KEAO).
 - por otro lado, dado que, en general, la inserción del contrato en un tipo de los definidos en la LCSP u otras normas lleva aparejada la sujeción a unos preceptos concretos para cuestiones como los medios de acreditación de la solvencia técnica, la preparación y el procedimiento de adjudicación del contrato o sus efectos, cumplimiento y extinción, se trata de determinar el régimen legal aplicable cuando en el mismo negocio jurídico confluyen prestaciones incardinables en tipos distintos; este régimen se fija mediante las reglas contenidas en el artículo 18 y concordantes de la LCSP.
2. A la vista del apartado anterior, se puede afirmar que, en sentido estricto, el “contrato mixto” no es un tipo contractual definido por la naturaleza de las prestaciones que lo caracterizan, como sí lo son, por ejemplo, las figuras recogidas en el artículo 12.1 de la LCSP que, en correspondencia con dicha naturaleza, tienen un estatuto legal propio y determinado, compuesto por normas prefijadas. Por el contrario, se trata de un concepto instrumental que el legislador utiliza para dotar de un régimen jurídico cierto a los contratos que presentan elementos propios de varios de dichos tipos y a los

que, consecuentemente, no se les puede aplicar automáticamente la normativa propia de alguno de ellos. Por lo tanto, tampoco hay propiamente una incorrecta calificación jurídica que suponga algún vicio de invalidez de los pliegos solo por el mero hecho de que, nominalmente, el negocio jurídico no se proclame expresamente como “mixto”. No obstante, dicha infracción sí se produciría, con independencia de la calificación formal adoptada, si la documentación contractual incluyera contenidos contrarios a los que se deducirían de la aplicación de las reglas del artículo 18 de la LCSP (por ejemplo, si se aplicaran erróneamente los umbrales de armonización del contrato de suministro del artículo 21 en lugar de los del contrato de obra del artículo 20, o si no se detallaran en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los efectos del contrato, como exige el artículo 122.2 de la LCSP por remisión del citado artículo 18).

3. Se observa que el recurso, más allá de indicar que el contrato incluye prestaciones típicas de los contratos de suministros y servicios y debió por lo tanto calificarse como mixto, no señala ninguna cláusula de los pliegos referida al procedimiento de adjudicación, a la ejecución del contrato o a cualquier otro aspecto que deba contenerse en ellos, contraria al régimen jurídico que se derivaría de la recta aplicación del artículo 18 de la LCSP. Llegados a este punto, hay que concluir que el motivo de recurso es puramente formal y no obedece a la defensa de un interés real, ya que no se acredita que su estimación pueda tener más consecuencias que las puramente nominalistas; es decir, no se especifica qué irregularidad incluyen los pliegos (basados en la categoría del contrato de suministro) que se hubiera evitado aplicando el citado artículo 18, más allá de la simple distinción nominal.

5.1.9. Cuestiones que deben figurar en cada pliego

Resolución 156/2019

Como ha recordado este Órgano en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 79/2018 del OARC/KEAO), el PPT no es el documento contractual en el que debe figurar el contenido necesario de la documentación que debe presentar el licitador, función que corresponde al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), según establece el artículo 67.2 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

5.3. PRECIO, PRESUPUESTO Y VALOR ESTIMADO

5.3.1. Precio del contrato y adecuación al mercado

Resolución 128/2018

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que (...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por sí solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC/KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información desglosada sobre costes que componen el presupuesto base de licitación tiene la finalidad de procurar el cumplimiento del mandato de que éste se adecúe al mercado (artículo 100.2 de la LCSP). El valor estimado, por su parte, es un concepto que sirve para medir la importancia económica de un contrato y determinar, de ese modo, el régimen jurídico que le es aplicable a efectos de, por ejemplo, clasificación y solvencia o de sujeción a la regulación armonizada o al recurso especial (ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, asunto “Auroux”, ECLI:EU:C:2007:31, C-220/05, y la Resolución 61/2014 del OARC/KEAO). Ninguno de los dos conceptos contenidos en los pliegos regula o influye de ningún modo en los derechos salariales o de cualquier otro tipo de los trabajadores adscritos a la ejecución de la prestación contractual, los cuales se derivan de las normas, convenios colectivos o contratos de trabajo aplicables, cuyo contenido no es materia del recurso especial y no puede alterarse en virtud de las resoluciones de este Órgano. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse.

Resolución 152/2018

El análisis de la cuestión planteada debe partir del examen del contenido del art. 100.2 de la LCSP, que dispone:

Artículo 100. Presupuesto base de licitación.

(...)

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Este precepto contiene un mandato al órgano de contratación, que debe “cuidar”, esto es, debe atender, poner la debida diligencia para que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado y, con el objeto de satisfacer este mandato, esto es, a tal efecto, se desglosará el presupuesto base de licitación en los conceptos especificados. En el mismo sentido, se deduce de los antecedentes de la tramitación parlamentaria de la LCSP (ver, por ejemplo, la enmienda número 88 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea) que la finalidad de la norma es asegurar que el cálculo del presupuesto base de licitación contenga una previsión sobre los costes de los componentes más importantes de la prestación, con especial atención a los costes salariales.

En el recurso que nos ocupa se solicita la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación sobre la base de que no se ha incorporado ni al PCAP ni al expediente de contratación el desglose de costes a los que hace referencia el artículo 100.2 de la LCSP. Esta petición se basa en la mera ausencia del citado desglose ya que el recurso no contiene alegación alguna de que el presupuesto formulado sea arbitrario, contenga error material, no se ajuste al mercado o sea insuficiente para cubrir los costes del servicio demandado; mucho menos consta reproche alguno sobre riesgos de incumplimiento de las obligaciones salariales con los trabajadores que vayan a ejecutar la prestación. Ello puede ser debido a que, como afirma el poder adjudicador, al ser el recurrente el actual adjudicatario del contrato y, por consiguiente, conocer con exactitud los costes de la prestación del servicio, nada tiene que objetar al presupuesto base formulado en el contrato. Consecuentemente, dado que no existe mención alguna a la insuficiencia o inadecuación al mercado del presupuesto base de licitación o al perjuicio que la falta del desglose al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP ocasiona al recurrente, la impugnación no parece obedecer a la defensa de un interés real sino a la denuncia interesada de una omisión que, en este caso, no se ha acreditado que tenga una consecuencia distinta de las puramente formalistas. Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

Dado que son aplicables razonamientos análogos, esta conclusión ha de extenderse también a la alegación de que no figura en el PCAP, en contra de lo dispuesto en el artículo 101.5 de la LCSP, el método de cálculo del valor estimado aplicado por el órgano de contratación. Nos hallamos, al igual que en lo referente a la falta de desglose del presupuesto base de licitación, ante una denuncia genérica de que formalmente no se da cumplimiento al citado precepto, pero sin determinar consecuencia procedimental o sustancial alguna de ello, sin alegar el perjuicio concreto que a los intereses del recurrente le comporta esta omisión y sin que se

reproche incorrección alguna al valor fijado en los pliegos. Debe tenerse en cuenta que el valor estimado se calcula a partir del presupuesto base de licitación (cuyo importe no se discute, como ya se ha señalado en el párrafo anterior) y añadiendo a éste otras cantidades pagaderas (prórrogas, modificaciones previstas...), según un sistema de cómputo fuertemente reglado que figura en el artículo 101 de la LCSP y cuya infracción por el poder adjudicador ni consta ni se acredita por el recurrente.

Resolución 86/2019

El recurrente manifiesta que aplicado el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2017-2010 (que a su entender es el aplicable según lo dispuesto en el PCAP y en el artículo 43 del citado convenio) a las categorías profesionales especificadas en el listado de personal adjunto al PCAP, los costes salariales superarían el presupuesto base de licitación y, a tal efecto, aporta su propia estimación de costes basado en el referido convenio colectivo. En suma, considera el recurrente que el presupuesto base fijado en los pliegos no garantiza el pago de los salarios.

Resulta relevante resaltar las siguientes circunstancias del expediente de contratación y del expediente de recurso especial remitido: (i) ni en los pliegos del contrato ni en el expediente de contratación figura dato alguno sobre la forma en la que se ha calculado el presupuesto base de licitación ni, por consiguiente, el valor estimado del contrato; únicamente figura un listado del salario bruto del personal adscrito a la ejecución del contrato, que no se sabe si ha sido tomado en cuenta en el momento de fijar el presupuesto base de contratación, (ii) no consta en el expediente de recurso especial la posición del poder adjudicador respecto de los argumentos impugnatorios, pues, si bien formalmente se ha aportado un documento con el título de INFORME DE ALCALDÍA RELATIVO AL RECURSO INTERPUESTO POR ASEJA, ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE, en el mismo no se efectúa valoración o parecer alguno sobre los motivos en los que se basa el recurso y (iii) se ha incorporado al expediente de recurso especial el certificado de recepción de ofertas en el que consta como única empresa licitadora, IRATZE LOREZAINITZA S.L.U., que es la actual prestataria del servicio.

c) Conclusión

Consecuentemente, al no poder contrastar este OARC/KEAO si el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato se ajustan a derecho por no figurar en el PCAP o documento regulador de la licitación el preceptivo desglose de costes ni el método de cálculo del valor estimado del contrato, y constando en el expediente remitido que los pliegos del contrato no han fomentado la suficiente concurrencia al haberse recibido una sola oferta que es, además, la de la adjudicataria del anterior contrato, el recurso debe ser estimado anulándose las cláusulas referidas al presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato del PCAP, lo cual conlleva la cancelación de la licitación por referirse el vicio apreciado a una estipulación esencial del contrato como es la de la formación de su precio.

Resolución 112/2019

El análisis de este motivo de impugnación debe partir de la delimitación del alcance del artículo

100.2 de la LCSP, que establece el mandato de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A propósito de dicho mandato, y con referencia expresa a los convenios colectivos que se pudieran suscribir en el futuro afectando a la empresa y los trabajadores que ejecutan la prestación, este Órgano ha señalado que su cumplimiento requiere que el presupuesto deba ser adecuado para garantizar el normal cumplimiento del contrato (también desde el punto de vista de la satisfacción de las obligaciones sociales y salariales) y una concurrencia suficiente, pero de ningún modo exige que el poder adjudicador asegure una rentabilidad mínima que blinde al contratista frente a cualquier eventualidad que afecte al contrato y reduzca sus beneficios, pues eso sería tanto como desvirtuar el principio de riesgo y ventura (ver las Resoluciones 69/2016 y 38/2018). En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de febrero de 2018 (nº 28/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:916) y de 27 de septiembre de 2018 (nº 284/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:2725), que confirman las Resoluciones 69/2016 y 64/2017 del OARC/KEAO, respectivamente, descartan que el poder adjudicador deba tener en cuenta los citados hipotéticos convenios para fijar el presupuesto de la licitación porque ello sería contrario a los principios de oferta económicamente más ventajosa y salvaguarda de la libre competencia (actual artículo 1.1 de la LCSP), pudiendo incluso, de haberlos tenido en consideración, haber incurrido en responsabilidad contable. Esta doctrina, configurada a partir del artículo 87 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es perfectamente aplicable a la vigente LCSP, pues su artículo 100.2 mantiene la tradicional exigencia del ajuste del precio al mercado y la novedosa obligación de desglosar los costes no es sino un instrumento para su cumplimiento, como lo demuestra la expresión "...a tal efecto" que usa el legislador (ver, en este sentido, la Resolución 152/2018 del OARC/KEAO). Además, es significativo que el precepto establezca que los costes salariales deben estimarse de acuerdo con el convenio laboral de referencia, que no puede ser sino uno ya vigente, como corrobora también la propia literalidad del artículo 100.2 de la LCSP, que contextualiza temporalmente su mandato de que el presupuesto se ajuste al precio de mercado en el momento de elaborarlo.

Análoga respuesta negativa merece la pretensión de que la vigencia del contrato coincida con la del convenio colectivo sectorial y de que se elimine la posibilidad de prórroga, pues su finalidad es también excluir ilícitamente todo riesgo para el contratista, además de suponer una intromisión en la discrecionalidad técnica del poder adjudicador para configurar el clausulado del contrato (en este caso, su duración) de la forma que estime más adecuada (ver la Resolución 64/2017 del OARC/KEAO).

5.3.2. Concepto y función del valor estimado

Resolución 39/2019

Téngase en cuenta que el valor estimado es una estimación que representa el volumen máximo de negocio que el contrato puede representar para el potencial contratista, tiene como finalidad básica definir el procedimiento y el ámbito de publicidad aplicable en razón de la cuantía del contrato y sirve también para informar adecuadamente a los operadores del mercado sobre la importancia económica de la licitación para que éstos decidan si les interesa o no presentar una oferta, a la vista de la importancia económica del contrato (ver,

en este sentido la Resolución 104/2015 del OARC/KEAO y la jurisprudencia en ella citada). Consecuentemente, al tratarse de una estimación del valor económico máximo del contrato, el cálculo efectuado por el órgano de contratación de computar todos los días del plazo de ejecución y de sus prórrogas como susceptibles de ser facturados, es correcto.

5.3.3. Coste de amortización establecido en el presupuesto

Resolución 85/2019

Además de lo señalado en la letra anterior, este OARC/KEAO considera que la alegación del recurrente de que, según se establece en el presupuesto desglosado del contrato, solo cabe amortizar 30.000 € de la inversión realizada por cada año de duración del mismo, es irrelevante. El coste de amortización que aparece en el desglose del presupuesto no es más que un mero cálculo o aproximación realizado por el poder adjudicador para la correcta estimación del precio del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP. Dicho cálculo no obliga al adjudicatario a la hora de aplicar este coste a sus cuentas, sino que será la normativa fiscal y/o contable correspondiente la que establezca las reglas o métodos de amortización que deben seguirse para su determinación, ni tampoco influye en el contenido de su oferta, la cual se elaborará de acuerdo con sus propias estimaciones económicas y estrategias comerciales. Por otro lado, los equipos podrán ser utilizados también en la ejecución de otros contratos, pues transcurridos los dos años de vigencia máxima del contrato impugnado, estos no pasan a ser propiedad del poder adjudicador.

5.4. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

5.4.1. Vinculación al objeto

Resolución 186/2018

Además, este OARC/KEAO, considera que la presentación de tres estudios de las características exigidas, (i) de medición de superficies, (ii) del arbolado existente y (iii) de jardineras y arbustos, resulta desproporcionada respecto al objetivo de seleccionar la oferta más ventajosa y, por consiguiente, contraria al artículo 145.6 de la LCSP, ya que no se trata de estudios relacionados con la forma de prestar el servicio, sino que se obliga a todos los licitadores (y no solo al contratista) a efectuar una labor de verificación física de los espacios verdes previa a la ejecución del objeto del contrato.

(...)

Lo valorable en este criterio secundario de adjudicación es la mera tenencia en vigor de un plan de igualdad con el contenido previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para

la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

El artículo 145.2.1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser las características sociales referidas entre otras a los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato.

Es claro que el criterio denunciado incumple el artículo mencionado en cuanto que el plan de igualdad que se va a valorar no está ligado a la ejecución del contrato, sino que se refiere a la organización en general; por otro lado, esta vinculación al objeto contractual tampoco está explicitada en el expediente (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 c) de la LCSP). En este sentido, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos (ver, igualmente, la Resolución 660/2018 del TACRC).

5.4.2. Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria

Resolución 186/2018

Denuncia el recurrente que los criterios secundarios de adjudicación Presentación de planos y estudios y Programa de actualización e inventario de la documentación compatible con los sistemas informáticos del Ayuntamiento y los métodos de actualización del inventario de áreas, estructuras lineales y elementos puntuales (árboles y jardineras) son indefinidos y benefician a la actual adjudicataria del contrato, por ser la que dispone de una información cierta y actualizada de todos los espacios.

Según la jurisprudencia europea (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos en su descripción que no vinculen en absoluto al poder adjudicador

A juicio de este OARC/KEAO, el primero de los subcriterios denunciados Presentación de planos y estudios no cumple con el requisito de no permitir al órgano de contratación el ejercicio de una facultad arbitraria para adjudicar el contrato, ya que de su redacción se desprenden dos posibilidades, bien que únicamente se valorase la mera presentación de planos y estudios, con independencia de su contenido, lo cual es absurdo a todas luces, bien que el órgano de contratación valore el contenido de los planos y estudios aportados sin sujeción a ningún criterio previamente fijado. La definición del criterio omite el contenido que han de tener para merecer una consideración positiva como criterio de valoración de una oferta. Debe matizarse

que es perfectamente posible valorar Presentación de planos y estudios pero siempre que se establezcan, aunque sea brevemente, qué aspectos de los mismos se va a valorar (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC/KEAO).

5.4.3. Criterios sujetos a fórmulas

Resolución 145/2018

Sobre esta cuestión, este Órgano ha señalado (ver, por todas, la Resolución 34/2018) que, a diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que precisan que su motivación sirva para controlar la discrecionalidad en ellos inherente para evitar la arbitrariedad (artículos 35.1.i) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y 151 de la LCSP), los criterios aplicados mediante fórmulas se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. A este respecto, para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de uno de estos criterios es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente.

Resolución 175/2019

Respecto, a la ausencia de fórmula o criterio automático para la asignación de la puntuación de este criterio que reprocha la recurrente, este OARC/KEAO ha señalado reiteradamente que el modo de determinar la puntuación en un criterio automático no necesariamente requiere de una fórmula sino que puede tener una descripción literaria, siempre que ello no implique una ambigüedad que obligue a elegir al órgano de contratación entre varios sentidos posibles, lo que introduciría un elemento subjetivo inaceptable en este tipo de criterios por desvirtuar su automatismo (ver por todas, la Resolución 64/2019). En el presente caso, se observa que nos encontramos ante un criterio automático cuya distribución de puntos se ha descrito mediante palabras con un funcionamiento binario (sí/no), de tal forma que si se presenta una memoria-informe con soluciones para cada uno de los subapartados, se obtendrán todos los puntos sin que los mismos puedan ser graduados por el órgano de contratación en función de la solución propuesta. Es decir, no existe margen de discrecionalidad para el poder adjudicador a la hora de la distribución de los puntos ni de su graduación, pues el automatismo le viene impuesto por la propia redacción del criterio, cumpliendo con la característica propia de los criterios automáticos. Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

5.4.4. El precio como criterio de adjudicación

Resolución 152/2018

Las características esenciales de la fórmula son las siguientes:

- la oferta con el mayor porcentaje de baja obtiene la máxima de las puntuaciones
- la oferta con el menor porcentaje de baja obtiene la puntuación menor.
- las ofertas con los porcentajes de baja intermedios obtienen una puntuación dispar, pues las diferencias de puntuación obtenidas por las ofertas que presentan los mayores porcentajes de baja son significativamente menores que las que consiguen las ofertas que efectúan los porcentajes de baja inferiores; dicho de otro modo, cada unidad de baja de licitación tiende a tener una menor correspondencia en puntos a medida que aumenta el importe global de dicha baja de licitación.

Manifiesta el órgano de contratación en el PCAP (en cumplimiento del deber de justificación establecido para todos los criterios de adjudicación en el artículo 116.4 c) de la LCSP y en el artículo 146.2 de la misma norma específicamente para las fórmulas de aplicación de los criterios de apreciación automática), y lo confirma en el informe de oposición al recurso, que la intención de la fórmula impugnada es evitar ofertas con valores anormales o desproporcionados que incidan negativamente en la calidad del objeto del contrato. Es decir, se afirma que se ha diseñado un sistema de valoración del precio que pretende desincentivar los mayores esfuerzos que puedan realizar los licitadores en sus ofertas económicas, pues dicho esfuerzo no se va a ver adecuadamente recompensado. Esto es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa pues, por un lado, conduce a no valorar adecuadamente las ofertas que mayores ventajas económicas proponen, y por otro, tiene un efecto disuasorio sobre las empresas inicialmente más dispuestas a ofrecer bajas de licitación importantes.

La modulación introducida en la fórmula puede calificarse como arbitraria, pues la finalidad que pretende conseguir el órgano de contratación, la de prevenirse contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, sólo puede lograrse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 149.4 de la LCSP), que incluye la audiencia al licitador sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida y que tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara la temeridad, la eliminación de la oferta, lo que no se consigue con el medio elegido por el órgano de contratación. La arbitrariedad es especialmente clara a la vista de que el propio poder adjudicador ha establecido en la cláusula 22.2.2 del PCAP parámetros objetivos para detectar cuándo la oferta puede ser considerada desproporcionada.

Por todo ello, el motivo de recurso debe aceptarse, lo que conlleva la anulación del criterio impugnado. No obstante, no se comparte la alegación del recurrente de que la fórmula es opaca y poco transparente; del propio escrito de recurso, que contiene varias simulaciones relativamente complejas acompañadas de los correspondientes gráficos, se deduce claramente que el recurrente la ha interpretado correctamente y comprendido el alcance de la misma, sin que se observen dificultades especiales de aplicación de la citada fórmula.

Tampoco se comparte la alegación de que procede establecer una fórmula con una ponderación proporcional lineal, pues el órgano de contratación goza de discrecionalidad para fijar los criterios de adjudicación (art. 116.4.c) de la LCSP), y si el legislador hubiera querido que ésta fuera la única forma de valorar los precios ofertados hubiese incluido la obligatoriedad de su utilización en la norma, cosa que no ha hecho.

Resolución 50/2019

Es doctrina consolidada de los Órganos y Tribunales de recursos contractuales que las ofertas económicas efectuadas a cero (0) euros o a valores cercanos a cero (0) euros en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara. Pues bien, a la vista de la oferta realizada por SICE, cabe concluir que concurren en este caso todos los requisitos establecidos anteriormente, puesto que la fórmula no queda desvirtuada, ya que al aplicarse la misma a la oferta económica es posible la obtención de un resultado cierto y determinado para cada oferta, y se otorga la mayor puntuación a quien, en su conjunto, ha realizado la oferta más barata, tal y como se deduce del informe del órgano de contratación y sin que haya sido desvirtuado por el recurrente.

Resolución 108/2019

Las características esenciales de la fórmula son las siguientes:

- debe realizarse una baja del 100% del precio de licitación (es decir, formular una oferta a precio “0”) para obtener la totalidad de los puntos del criterio de valoración.
- la oferta al tipo de licitación obtiene cero puntos.
- la fórmula reparte los puntos en proporción lineal entre el presupuesto base de licitación y cero euros.
- la puntuación se determina en relación con el presupuesto base, por lo que cada licitador conoce la puntuación que conseguirá su oferta sin incertidumbre alguna sobre cuál será la actuación de sus competidores.

En la fórmula impugnada la puntuación se determina en relación con el presupuesto base de licitación, de modo que todos los licitadores pueden conocer la puntuación que conseguirán sin incertidumbre alguna sobre cuál será la actuación de sus competidores; en particular, es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener una determinada puntuación. De esta manera el criterio pierde una de sus finalidades, que es la de comparar ofertas en condiciones de competencia efectiva (considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE); efectividad que no se cumple en esta fórmula, pues la comparación se efectúa siempre respecto al presupuesto base fijado por el poder adjudicador. Además, la supresión de la incertidumbre es contraria al principio de libre competencia y facilita la posibilidad de que las empresas adopten prácticas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (Resolución OARC 84/2017). Por otro lado, el hecho de que para obtener la máxima puntuación haya de realizarse una baja del 100% del precio de licitación desvirtúa, de hecho, la ponderación asignada al criterio y abunda en el carácter anticompetitivo y desincentivador de la fórmula elegida.

La finalidad que pretende conseguir el órgano de contratación con la fórmula, prevenirse

contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, puede calificarse como arbitraria, pues la calificación de temeraria o anormal de una oferta sólo puede lograrse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 149.4 de la LCSP), que incluye la audiencia al licitador sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida y que tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara la temeridad, la eliminación de la oferta, lo que no se consigue con el medio elegido por el órgano de contratación. La arbitrariedad es especialmente clara a la vista de que el propio poder adjudicador ha establecido en la cláusula 22.2.2 del PCAP parámetros objetivos para detectar cuándo la oferta puede ser inicialmente considerada como anormal. Por otro lado, la actuación procedente frente a una oferta anormal, previo el adecuado procedimiento, debe ser la exclusión de la oferta; en este caso, no solo no se daría esta conclusión, sino que la proposición sospechosa recibiría la máxima puntuación, lo que es incoherente. Por todo ello, el motivo de recurso debe aceptarse, lo que conlleva la anulación del criterio impugnado.

Resolución 166/2019

Como bien señala el poder adjudicador, no hay una única fórmula de valoración del precio aceptable, pues lo son todas las que cumplan los requisitos expresados anteriormente; menos aún hay una fórmula “perfecta”, pues todas ellas dan lugar (o pueden dar lugar, según cómo o cuántas sean las ofertas presentadas, dato incierto cuando se elige el criterio) a resultados que pueden considerarse problemáticos, y todas tienen ventajas e inconvenientes desde el punto de vista del poder adjudicador y de la más adecuada selección de la mejor proposición. Sin embargo, en ningún caso cabe reproche a una fórmula que no atribuye puntuación a la oferta que se ajusta al presupuesto base de licitación, pues el principio de la oferta económicamente más ventajosa impide tal atribución a un licitador que en nada aventaja el presupuesto inicial. En este sentido, el ejemplo elegido por el recurrente (oferta que no ofrece descuento alguno frente a oferta que ofrece un descuento ínfimo y obtiene a cambio 49 puntos de diferencia sobre la primera) es deliberadamente tendencioso por dos motivos: primero, porque plantea un caso extremo de aplicación de la fórmula que no tiene por qué ser el que efectivamente se produzca y, lo que seguramente es más significativo, porque obvia que los criterios de adjudicación no solo tienen la función de seleccionar la mejor de las proposiciones presentadas efectuando una comparación entre ellas, sino también la de orientar o encauzar el contenido de estas de forma que los licitadores se tengan que adaptar lo más posible a lo deseado por el poder adjudicador si quieren obtener el contrato; dicho de otro modo, si conociendo la fórmula y el resultado posible de su aplicación el licitador opta por no ofrecer rebaja alguna, no puede luego sorprenderse de arbitrariedad o injusticia cuando ello penalice sus posibilidades de ser adjudicatario.

5.4.5. Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva

Resolución 162/2018

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor elegidos,

especialmente puestos en tela de juicio en el recurso, la apreciación de este Órgano debe partir de la doctrina deducida de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) nº 147/2015, de 31 de marzo de 2015, que anula la Resolución 007/2014 de este OARC/KEAO. En ella se sostiene que el artículo 150.2 TRLCSP (actual 146.2 de la LCSP) permite que los criterios de adjudicación sujetos a apreciación mediante juicios de valor tengan una ponderación superior a la de los evaluables mediante fórmulas, a pesar de que la opción preferente del legislador es la contraria en los contratos como el que nos ocupa (contrato de suministro). Ahora bien, según la referida sentencia, esa posibilidad no puede entenderse como una mera disyuntiva a adoptar según libre opción del poder adjudicador convocante, de manera que sea mera facultad suya sustituir el predominio de los criterios matemáticos por los que no lo son con solo establecer que la valoración la realizarán expertos externos al órgano proponente del contrato, siendo necesario además que cuente con un fundamento propio la opción de dejar de lado la decantación legal por los criterios de valoración mediante fórmulas. Por ello, la Administración ignora el referido precepto si se aparta de la preponderancia que el mismo establece sin una justificación específica y razonable.

En el expediente del contrato impugnado, la única justificación de los criterios de adjudicación empleados es la escueta frase (...) diversos elementos que se consideran relevantes para la decisión de adjudicación en función de su cumplimiento por parte de los adjudicatarios contenida en el informe de inicio del expediente. Esta mención es claramente genérica e insuficiente para cumplir el requisito de justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación que pide el artículo 116.4 c) de la LCSP, especialmente cuando se ha tomado una opción que, si bien es jurídicamente posible, es contraria a la preferencia legal del artículo 146.2 de la LCSP. Debe señalarse que, a juicio de este OARC/KEAO, la inadecuación de la motivación no viene dada solo por su carácter genérico e insuficiente, sino porque los elementos relevantes pueden insertarse también por otros medios distintos de la primacía de los criterios subjetivos (por ejemplo, criterios matemáticos referidos a aspectos técnicos, elevación de los niveles mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas o toma en consideración de esta cuestión en los criterios de solvencia técnica o en las condiciones de ejecución). A la vista de esta ausencia de motivación, y en aplicación de la doctrina fijada por el TSJPV en la citada sentencia, el motivo de impugnación debe aceptarse, con la consecuente anulación de los criterios de adjudicación afectados por la falta de justificación.

5.4.6. Criterios de adjudicación en los servicios del Anexo IV y prestaciones de carácter intelectual

Resolución 104/2018

El contrato recurrido tiene por objeto la seguridad y vigilancia de los puertos de Ondarroa, Lekeitio, Mundaka y Bermeo en Bizkaia, y posee el código CPV 79710000-4 incluido dentro de los servicios especiales del Anexo IV de la LCSP. De este precepto se desprende con meridiana claridad que en el contrato objeto de recurso los criterios relacionados con la calidad deben representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de ofertas, circunstancia que no se produce al otorgar la cláusula 22 del PCAP una ponderación de 70 puntos al criterio de la oferta económica. Por tanto, debe estimarse la pretensión de la parte

recurrente.

Resolución 123/2018

El análisis de la viabilidad de la pretensión debe basarse en el alcance de la expresión “criterios relacionados con la calidad”, que el artículo 145.4 de la LCSP solo menciona pero no delimita. Consecuentemente, este Órgano debe realizar una tarea interpretativa para determinar dicho alcance, tal y como se hace en los siguientes apartados:

1. En primer lugar, es relevante recordar que, como demuestra su ubicación sistemática, el límite del 51 por ciento al que se refiere el segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP no es sino una consecuencia específica, para ciertos tipos de servicios entre los que se encuentran los de contenido intelectual, del mandato general de establecer criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad, el cual además menciona expresamente los servicios de arquitectura (ver el primer párrafo del artículo 145.4 de la LCSP).
2. Al citado mandato general se refiere el apartado II de la Exposición de Motivos de la LCSP, que señala que la norma establece (...) la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.
3. De los números 1) y 2) anteriores se desprende que los criterios relacionados con la calidad que, conjuntamente, deben sumar el 51 por ciento de la ponderación global para satisfacer el requerimiento del artículo 145.4 de la LCSP son los referidos a aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores (la vinculación al objeto del contrato es un requerimiento general para cualquier criterio de adjudicación, según el artículo 145.5 a) de la LCSP).
4. La expresión aspectos cualitativos referida a los criterios de adjudicación reconduce a los criterios recogidos en el artículo 145.2 de la LCSP (“criterios cualitativos”), en el que, por cierto, también se incluyen separadamente los criterios sociales y medioambientales, que la Exposición de Motivos menciona separadamente de los criterios cualitativos.
5. Adicionalmente, debe señalarse que tanto la LCSP como la Directiva 2014/24/UE utilizan ahora la expresión mejor relación calidad – precio para referirse a la selección de la oferta que se produce combinando la evaluación del precio o coste con la de cualquier otro criterio no relacionado con dicho precio o coste (ver, por ejemplo, el artículo 67.2 de la Directiva y el artículo 145.1 de la LCSP).
6. Es cierto que en el lenguaje común, la palabra calidad tiene un sentido más restringido que el que se ha expuesto en los números anteriores; así, el diccionario de la RAE la define como propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor. El uso de esta definición llevaría a entender que no tienen relación con la calidad los criterios que identifiquen aspectos de la prestación no integrados en su

objeto (aunque sí vinculados con él en el sentido de los artículos 145.5 a) y 145.6 de la LCSP; ver también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012, ECLI:EU:C:2012:284, asunto C-368/10, apartados 84 y siguientes, que inspiró este nuevo concepto de la vinculación al objeto). Sin embargo, parece claro que el legislador no ha querido referirse a esa acepción, como demuestra el hecho de que la Exposición de Motivos vincula la calidad también a los criterios sociales, que el artículo 145.2 de la LCSP inserta dentro de los criterios cualitativos, cuando esos criterios pueden ser claramente ajenos a la materialidad de la prestación o no inherentes a ella. Piénsese, por ejemplo, en que nada añade ni resta a la calidad intrínseca de un proyecto arquitectónico el hecho de que lo haya elaborado una persona desfavorecida; sin embargo, este aspecto es evaluable como criterio social según el artículo 145.2.1º y el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE.

7. Consecuentemente, el plazo de entrega del proyecto de ejecución es un criterio cualitativo, expresamente recogido en el artículo 145.2.3º de la LCSP (la misma consideración le atribuye el artículo 67.2 c) de la Directiva 2014/24/UE) que debe computarse entre los “relacionados con la calidad”.

5.4.7. No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración

Resolución 175/2018

BAXTER critica que el criterio de adjudicación “Valor técnico” no es claro porque no explica qué se entiende por “suficiente”, “adecuada” o “preferente”. A juicio de este OARC/KEAO, el recurso confunde el requisito de que los criterios de adjudicación no confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada (artículo 145.5 b) de la LCSP), es decir, de que contenga un fondo parcialmente reglado que limite la discrecionalidad del poder adjudicador para seleccionar la oferta más ventajosa y la exigencia de que el PCAP contenga necesariamente la regla de valoración del criterio sometido a juicio de valor. Por lo que se refiere a la primera cuestión, ya se ha señalado en el punto 1 anterior que el criterio “Valor técnico” no está correctamente delimitado desde el punto de vista sistemático y no es transparente. En cambio, la jurisprudencia europea ya ha establecido que no es exigible, de acuerdo con el Derecho de la Unión sobre contratación pública (ni tampoco según la LCSP, que lo incorpora a nuestro Ordenamiento) que los pliegos incluyan “el método de valoración aplicado por el poder adjudicador para evaluar y clasificar concretamente las ofertas” (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, así como las Resoluciones 107/2017 y 58/2018 del OARC/KEAO). Los términos que BAXTER considera poco claros no son, en realidad, un fondo parcialmente reglado del criterio, sino una regla de valoración de las proposiciones. Por ello, no habiendo obligación de establecer ninguna mención a las citadas reglas, no cabe aceptar la alegación de que la mencionada es insuficiente. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe rechazarse.

Resolución 186/2018

En lo que respecta a la omisión del método de valoración de este criterio de adjudicación, el análisis debe partir de que se trata de un criterio cuya valoración se efectuará mediante juicios de valor. A este respecto, cabe afirmar que ni de la jurisprudencia ni de la normativa de contratos del sector público se desprende la obligación de que el poder adjudicador comunique a los posibles licitadores, mediante publicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, el método de valoración que va a utilizar para evaluar y clasificar las ofertas según los criterios de adjudicación del contrato y su ponderación relativa establecidos previamente en sus pliegos rectores, por lo que no es exigible que la configuración del criterio deba incluir dicho método, cuestión que puede quedar dentro del margen de apreciación del órgano evaluador (ver, por ejemplo, la Resolución 36/2018 del OARC/KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartados 26 y siguientes).

Resolución 7/2019

En contra de lo que aduce el recurrente, no es necesario que el criterio de adjudicación especifique el método de valoración que va a seguir el evaluador (ver, en este sentido, la Resolución 107/2017 del OARC/KEAO), pues este extremo no es exigido ni por la LCSP ni por la jurisprudencia del TJUE la cual considera que los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas. Esa libertad se justifica también por consideraciones de orden práctico; el poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso (en este sentido, la STJUE de 14 de julio de 2016, Asunto C-6/15, “TNS Dimarso”, ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30).

5.4.8. Su función es comparar entre ofertas

Resolución 95/2019

El recurrente alega que la solvencia económica exigida es excesiva y que no está justificada. Sobre este último aspecto, se observa que no consta en el expediente la justificación del umbral de solvencia establecido, como pide el artículo 116.4 c) de la LCSP. No obstante, este OARC/KEAO ya ha señalado (ver su Resolución 179/2018) que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado.

Resolución 131/2019

Téngase en cuenta que una de las funciones de los criterios de adjudicación es la de comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, lo que los diferencia de los criterios de solvencia, que sirven para establecer si el licitador cumple o no los requisitos mínimos de capacidad económica, financiera y técnica que le permitirían ejecutar adecuadamente el contrato, o de la determinación de cumplimiento de las prescripciones técnicas, que se produce igualmente tras una evaluación de la oferta en relación con el PPT sin que haya comparación con las demás proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 20/2018 del OARC/KEAO y los Considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24/UE).

5.4.9. Criterio de adjudicación restrictivo de la competencia

Resolución 95/2019

En síntesis, UNO considera que estos criterios no están justificados, son desproporcionados y favorecen a Correos, a quien el Estado cedió su red postal. Debe señalarse que ambos criterios solo puntúan los medios técnicos que excedan del mínimo marcado en el PPT, y que estos ya son de por sí muy numerosos; en concreto, suponen exigir un mínimo de 151 oficinas y 346 vehículos distribuidos en Vitoria – Gasteiz, el Territorio Histórico de Álava y las demás capitales de provincia y municipios de más de 50.000 habitantes. Partiendo de esa base, hay que señalar que en el expediente no consta la justificación de los criterios que exige el artículo 116.4 c) de la LCSP, por lo que se ignora cuál es la concreta ventaja que se pretende identificar con ellos, ni se acredita la proporcionalidad entre la supuesta ventaja obtenida y el evidente efecto restrictivo de la competencia que, a la vista de la situación real del mercado de los servicios postales que el poder adjudicador no puede desconocer, producen su aplicación y su mera consignación en los pliegos, especialmente teniendo en cuenta que ambos forman parte de un grupo de criterios en los que hay que superar un umbral mínimo de puntuación para continuar en el procedimiento. Por todo ello, el motivo de recurso debe estimarse.

5.4.10. Criterios de adjudicación con umbrales eliminatorios

Resolución 200/2019

En relación con las alegaciones efectuadas por la recurrente sobre la restricción indebida a la libre competencia que supone el establecer un umbral mínimo a superar en los criterios sujetos a un juicio de valor habida cuenta de que únicamente se han presentado dos ofertas al contrato en cuestión permaneciendo sólo una en el procedimiento, cabe señalar que el TJUE en la sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/2016 ECLI:EU:C:2018:752, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Órgano, en el apartado segundo de su parte dispositiva ha manifestado que El artículo 66 de la Directiva 2014/24

debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de las fases sucesivas de adjudicación del contrato, y ello con independencia del número de licitadores restantes. Argumenta el TJUE que la necesidad de garantizar una competencia real hasta la fase final del procedimiento no concierne a los procedimientos abiertos ya que las únicas ofertas que el poder adjudicador está autorizado a excluir de la evaluación basada en el precio son las ofertas que no cumplen los requisitos mínimos de la evaluación técnica y, por tanto, no satisfacen las necesidades del poder adjudicador y que esta manera de actuar no pretende limitar el número de ofertas sometidas a la evaluación basada en el precio, ya que, en principio, todas las ofertas presentadas pueden cumplir esos requisitos mínimos (apartados 37 y 43).

5.4.11. Valoración de la experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato

Resolución 195/2019

Se impugna el criterio de adjudicación que valora de forma automática la experiencia de personal adscrito a la ejecución del contrato por infringir lo dispuesto en el artículo 145.2, párrafo segundo, de la LCSP, que dispone que “Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: (...) 2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.

El citado artículo 145.2 de la LCSP no restringe la posibilidad de fijar este criterio a las prestaciones de carácter intelectual, pero sí que exige que la calidad del personal adscrito al contrato pueda afectar “de manera significativa” a su mejor ejecución. Este artículo es la transposición del artículo 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE cuyo Considerando 94 (elemento interpretativo de la parte dispositiva) señala que se puede utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato “Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato (...)”, citando a modo de ejemplo los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura.

A este respecto, la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C601/13, ECLI:EU:C:2015:204 ha manifestado que la calidad de la ejecución de un contrato puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia y su formación, como sucede con las prestaciones de contenido predominantemente intelectual, y que esa calidad puede ser una

característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, y por lo tanto ser utilizada, en estos casos, como criterio de adjudicación (ver, en este sentido las Resoluciones 55/2015 y 17/2016 del OARC/KEAO).

El objeto del contrato impugnado es la colaboración en las actividades socioculturales del Ayuntamiento de Tolosa y de la descripción de las prestaciones a ejecutar en ambos lotes se desprende que los adjudicatarios deben ejecutar, en términos generales, labores auxiliares de montaje y desmontaje, de mantenimiento de las instalaciones y del equipamiento técnico del que disponen las salas, vigilancia de las instalaciones y de quienes asisten a las mismas y servicios de taquilla y, conforme a lo dispuesto en la cláusula 3 del PPT, el personal a adscribir al Lote 1 consistirá en un/a técnico de iluminación y sonido, un/a taquillero/a, y dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico y en el Lote 2 dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico. Asimismo, resulta relevante resaltar que la documentación contractual no contiene especificación alguna sobre normas de calidad cuyo cumplimiento se exija al personal encargado de ejecutar el contrato.

Consecuentemente, a la vista de la naturaleza de los trabajos a realizar, perfectamente definidos en el PPT, que requieren del desempeño de una habilidades y destrezas que se pueden adquirir en un plazo de tiempo no muy prolongado y en los que no se exige el cumplimiento de normas de calidad, debe convenirse que la experiencia de la que precisan los trabajadores para una correcta ejecución de los trabajos no constituye un elemento decisivo del valor de la oferta. Téngase en cuenta que la cláusula 3 del PPT prevé que, si las circunstancias así lo exigieran, la empresa adjudicataria pueda adscribir a la ejecución del contrato a más personas de las solicitadas, que pueden ser objeto de contratación puntual o bien de subcontratación, respecto de las que no se exige experiencia alguna. Además, dicha cláusula exige la designación de una persona responsable del contrato con las funciones de dirección, organización y supervisión del trabajo (cláusula 3 del PPT), quien puede ser sustituido en caso de ausencia sin que conste ninguna obligación de comunicación previa al órgano de contratación o de autorización previa de la persona que la sustituya. En este sentido, no resulta congruente con la finalidad del criterio de adjudicación debatido que se exija experiencia del personal inicialmente adscrito al contrato y, sin embargo, sea del todo indiferente la del personal a adscribir durante la ejecución del contrato y la de quien coordinará, supervisará y dirigirá los trabajos. Además, de la descripción de las tareas efectuada en el PPT se deduce que las habilidades y destrezas que pueda requerir el personal adscrito al servicio no son especialmente complejas y pueden ser facilitadas por la propia empresa adjudicataria a través de la transmisión de instrucciones por el responsable del contrato a quien el PPT impone funciones de dirección y supervisión del personal. Finalmente, se ha de tener en cuenta que las empresas licitadoras, a través de la exigencia de la experiencia como requisito de capacidad técnica, demuestran que pueden ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.

Resolución 39/2019

Téngase en cuenta que en el PCAP que rige el contrato, que se vuelve a recordar que no ha sido impugnado, por lo que las partes han de estar a lo consignado en el mismo, la experiencia se valora en dos fases distintas del procedimiento de adjudicación; en el momento de valorar

si los licitadores disponen de la solvencia técnica y profesional exigida y como criterio de adjudicación estableciéndose en la cláusula M.2 del cuadro de características del PCAP que la experiencia a valorar será la prestada en la administración local en servicios directamente relacionada con las tareas a desempeñar. Estas dos funciones de la experiencia en dos fases diferentes del procedimiento de adjudicación, que obedecen a la verificación de dos finalidades diferentes, la de la acreditación de una capacidad profesional para la ejecución del contrato, por una parte, y de otra, la valoración de la oferta efectuada, son las que justifican que la oferta pueda ser aceptada si bien valorada con 0 puntos en el criterio de adjudicación de “experiencia”.

5.5. PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

5.5.1. Barreras de entrada a la competencia

Resolución 87/2018

Como ha señalado este OARC/KEAO en ocasiones anteriores, para que se pueda considerar la existencia de una barrera de entrada la prescripción técnica denunciada debe cumplir, por lo que interesa al objeto del recurso, dos condiciones. La primera de ellas es que se fije un requisito técnico que solo puede ser cumplido por un producto o tipo de producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan, y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten. Para la apreciación de estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato; finalmente, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la competencia, sin perjuicio de la inserción, en su caso, de dichos requisitos como criterios de adjudicación (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC/KEAO 116/2014, 7/2016, 111/2017 y 70/2018).

A la vista de todo lo anterior y de las alegaciones de las partes, este OARC/KEAO considera que la prescripción denunciada, si bien puede limitar en cierta medida el acceso a la licitación, obedece a razones de interés público atendibles, proporcionadas y relacionadas con el objeto y finalidad del contrato, estando su inserción en los pliegos amparada por la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación. En este sentido, se observa que Osakidetza acredita que es una característica relevante para el mejor descanso de los pacientes (objetivo básico y no meramente accesorio del suministro que se pretende adquirir) y que no es privativa de un único fabricante. Finalmente, no se observa ningún indicio de que la prescripción debatida se haya establecido con la intención ilegítima de perjudicar o beneficiar a empresas o tipos de empresas concretas.

Resolución 113/2018

El artículo 126.1 de la LCSP establece que las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

Aplicados los citados principios a la prescripción impugnada, se observa en primer lugar que su establecimiento obedece a muy atendibles motivos de seguridad, ergonomía y eficacia, y en ningún caso puede considerarse caprichosa, arbitraria o desproporcionada. En segundo lugar, la descripción que figura en el PPT se formula en términos abstractos y por referencia a la funcionalidad que pretende satisfacerse, sin mencionar una patente o producto concreto, y permitiendo, como bien expresa el informe del poder adjudicador y se deduce del uso del término “similar”, la presentación de otras soluciones técnicas alternativas existentes en el mercado, siempre que satisfagan la citada funcionalidad. A mayor abundamiento, el hecho de que se hayan presentado dos ofertas a la licitación es también un indicio de la inexistencia de una barrera de entrada limitativa de la competencia.

Resolución 95/2019

El recurrente impugna el apartado 5 del PPT (Condiciones técnicas mínimas de prestación de los servicios objeto del contrato) en su epígrafe Notificaciones administrativas, que exige la fehaciencia de las mismas. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso se basa en una incorrecta interpretación del contenido de la cláusula. UNO considera que la exigencia de presunción de fehaciencia es anticompetitiva porque el régimen legal de las notificaciones la hace innecesaria. Sin embargo, el PPT en absoluto solicita que los licitadores o el adjudicatario deban necesariamente gozar de presunción alguna; por el contrario, el PPT exige que la práctica de las notificaciones administrativas incluya la constancia fehaciente de su entrega o recepción o rehúse o imposibilidad de entrega, y que los licitadores especifiquen en su oferta los medios con los que van a garantizarla. Es cierto que el operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal (la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos), disfruta de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales (ver el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), pero los pliegos permiten que cualquier otro operador pueda proponer un sistema que dote a las notificaciones de la citada fehaciencia. Por lo tanto, no puede considerarse que la prescripción debatida sea una

barrera anticompetitiva, ya que, de existir una ventaja en favor de Correos, estaría motivada por una norma reguladora de la actividad postal, no por los pliegos impugnados, que se limitan a solicitar, de modo abstracto, general y abierto a cualquier solución técnica y legalmente aceptable, la veracidad imprescindible para que las notificaciones produzcan los efectos jurídicos que les son propios dentro del procedimiento administrativo en el que se insertan. Debe recordarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 10/12/2015, nº de recurso 3156/2014, ECLI:ES:TS:2015:5395 (que confirma la Resolución 312/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), establece que las Administraciones Públicas pueden optar por tramitar un procedimiento de adjudicación abierto en el que concurran tanto entidades que tengan reconocida la citada presunción como otras que, careciendo de ella, oferten un sistema que supla las ventajas de dicha presunción con parecidas cotas de eficacia, opción que es precisamente la tomada por el poder adjudicador.

5.5.2. Función de las prescripciones técnicas

Resolución 134/2018

Como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2018), el PPT realiza una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato. Además, las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo satisfaga. En definitiva, el poder adjudicador no puede obviar sus propias prescripciones técnicas y adjudicar el contrato a una oferta que las incumple.

Resolución 175/2018

Por lo que se refiere a las alegaciones de BAXTER sobre las irregularidades de las prescripciones técnicas, se observa lo siguiente:

La estipulación parte de un supuesto legalmente inaceptable pues, según el artículo 127.6 de la LCSP, salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no pueden referirse a una marca o modelo exclusivo, con la excepción de que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del artículo 126.5 de la LCSP, en cuyo caso se acompañará la mención o equivalente. En lugar de satisfacer este precepto, el poder adjudicador ha optado por una cláusula genérica contraria al principio de transparencia (ver el artículo 1 de la LCSP y la Resolución 68/2018 del OARC/KEAO) que no identifica las prescripciones afectadas (en realidad, ni siquiera queda claro si efectivamente existen dichas prescripciones o si la estipulación es meramente preventiva o hipotética) y que, por lo tanto, carga sobre los potenciales licitadores la difícil tarea de determinar su extensión mediante una revisión de todo el PPT a la búsqueda de posibles especificaciones a las que

aplicarla. Además, que la falta de ajuste exacto a estas prescripciones no implique la exclusión de la oferta es la consecuencia de que éstas deben tomarse como guía u orientación, lo que supone, sensu contrario, que hay un margen de tolerancia en el que es válido no ajustarse fielmente al PPT, margen cuyo alcance desconocen los operadores económicos y que queda en manos de las apreciaciones de Osakidetza. Todo ello es contrario al citado principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP), pues permite al poder adjudicador la exclusión o admisión arbitraria de las proposiciones; de hecho, se incumple el mismo objetivo de las prescripciones técnicas, que comprende, entre otras cosas, la descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo, la fijación de los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el adjudicatario y la indicación del nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtenerse y deben alcanzar todas las ofertas (ver, por ejemplo, la Resolución 69/2018 del OARC/KEAO), por lo que es contrario a la LCSP que la licitación se rija por un PPT que no establece con precisión estos aspectos al dejar en manos del poder adjudicador su determinación.

(...)

BAXTER estima que se definen las características técnicas de los aparatos de forma demasiado específica, en lugar de utilizar una descripción basada en criterios funcionales o en límites o rangos aproximados, que hubiera abierto más la competencia. El artículo 126.5 de la LCSP establece varias maneras de expresar las prescripciones técnicas que puede emplear el órgano de contratación, siendo la posibilidad de formularlas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales tan solo una de ellas, sin que exista jerarquía que las ordene ni preferencia por ninguno de dichos métodos (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018, asunto C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865), por lo que no cabe que la recurrente reproche que Osakidetza haya optado por la descripción de las características individuales de los productos.

5.5.3. Facultad de decidir arbitrariamente sobre la equivalencia de las ofertas a los requerimientos técnicos mínimos

Resolución 185/2019

Independientemente de lo anterior, debe señalarse que se atribuye al equipo evaluador la facultad de decidir cuándo las proposiciones son o no equivalentes a las que satisfacen los requerimientos mínimos del PPT, lo que le dota de una facultad arbitraria (ver, por ejemplo, la Resolución 40/2019 del OARC/KEAO). Téngase en cuenta que, por ejemplo, el artículo 126.5 a) de la LCSP condiciona la posibilidad de formular las prescripciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales (esa parece ser la intención de la nota) a que los pliegos contengan parámetros lo bastante precisos como para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo; dichos parámetros no constan en el PPT, que no está concebido en general en esos términos sino que opta por la descripción de las características técnicas y físicas requeridas a los productos.

5.5.4. Uso de términos no técnicos para describir las prescripciones

Resolución 183/2019

Para analizar la alegación de que los productos ofertados por MEDTRONIC no satisfacen el requisito de la “fijación avanzada”, debe partirse del hecho de que “Fijación avanzada”, más allá de su uso como nombre comercial, no es un término cuyo significado sea comúnmente conocido en el ámbito profesional, científico y técnico al que se refiere el objeto del contrato con un significado claro y unívoco; por el contrario, este término puede tener un alcance distinto según el caso, por ejemplo en razón de que cada fabricante o proveedor lo usa en un sentido diferente y no siempre coincidente, de modo que la misma denominación dé cobertura a soluciones técnicas diferentes aunque similares en su funcionalidad, que es evitar el movimiento indeseado del trocar durante su empleo (ver, “sensu contrario”, la Resolución 46/2018 del OARC/KEAO). En este sentido, no se ha acreditado por el recurrente que el citado término se refiera solo a los trocares con balón con exclusión de los que incorporan otros mecanismos de fijación, como las estrías. Consecuentemente, y a la vista de que con base en la escueta e imprecisa descripción del PPT sería desproporcionado excluir a cualquier proposición que, como la de MEDTRONIC, contara con una solución técnica que pudiera considerarse incluida en el amplio (por ambiguo) término “fijación avanzada”, el recurso debe desestimarse.

5.5.5. Diferencia con los criterios de adjudicación

Resolución 176/2019

Debe tenerse en cuenta que precisamente la diferencia entre las prescripciones técnicas y los criterios de adjudicación es que los primeros son los requerimientos mínimos que satisfacen el interés general que la prestación persigue y por debajo de los cuales el poder adjudicador no desea, consecuentemente, obligarse contractualmente, mientras que los criterios de adjudicación buscan la comparación entre ofertas que ya han superado dichos requerimientos para identificar la más ventajosa de todas las presentadas (ver las Resoluciones 156/2018, 122/2019 y 131/2019 del OARC/KEAO).

5.5.7. Profesiones tituladas (ingeniería y arquitectura)

Resolución 109/2019

Como ya ha indicado este OARC/KEAO con anterioridad (ver su Resolución 176/2018), el ejercicio de las profesiones tituladas está sometido a reserva de ley formal según el art. 36 de la Constitución Española. Ello implica que la reserva del ejercicio de una determinada actividad a una profesión debe efectuarse por medio de una norma con rango de ley y que, de

no existir esta, el principio general es el del rechazo de la exclusividad debiendo la aplicación del principio de libertad con idoneidad.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la STS de 20 de febrero de 2012 ECLI: ES:TS:2012:892, Fundamento de Derecho séptimo) al afirmar que « (...) con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues, como se recoge en aquella sentencia, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica.»

La única disposición que cita el poder adjudicador como sustento de su argumento de que únicamente puede ser un arquitecto quien redacte y dirija la obra a proyectar es el Decreto 17/2005, de 25 de enero, por el que se califica como Bien Cultural, con la categoría de Conjunto Monumental, el Casco Histórico de Azkoitia (Gipuzkoa), que carece del requisito básico y necesario para establecer la reserva de actividad a favor de una titulación en concreto de ser una norma con rango formal de ley.

Consecuentemente, la determinación de la titulación o titulaciones a requerir para ser el responsable de la redacción del Proyecto y dirección de obra del contrato que nos ocupa habrá de efectuarse en atención a las características intrínsecas del proyecto de que se trate, teniendo en cuenta el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión, la de arquitecto, por un lado, por ser la solicitada en el PCT, y la de ingeniero de caminos, canales y puertos, por otra, cuya inclusión se solicita por el recurrente.

(...)

En resumen, lo solicitado es, tal y como afirma la recurrente, la redacción de un proyecto de urbanización; calificación del proyecto que, por otra parte, no ha sido puesto en duda por el poder adjudicador. A este respecto la jurisprudencia ha puesto de manifiesto el carácter multidisciplinar del urbanismo y la posibilidad de que distintos titulares de grado superior suscriban proyectos de urbanización (STS de Sentencia de 23 de marzo de 1.999, ECLI: ES:TS:1999:2021).

(...)

La razón que aporta el poder adjudicador para reservar la redacción del proyecto a una única titulación, la de arquitecto, es que el proyecto se ubica dentro del límite establecido por el Decreto 17/2005, por el que se califica el Casco Histórico de Azkoitia como Bien Cultural con la categoría de Conjunto Monumental, por lo que, a su juicio, los titulados en arquitectura son

los que aúnan los conocimientos de contenido técnico y patrimonial necesarios para intervenir en dicho entorno urbano.

A juicio de este OARC/KEAO este argumento no puede prosperar por varias razones:

1. El régimen jurídico derivado de la calificación de Bien Cultural con la categoría de Conjunto Monumental no restringe a una única titulación las profesiones que pudieran realizar intervenciones urbanísticas en el conjunto protegido, lo cual es lógico y congruente habida cuenta de la múltiple naturaleza de las eventuales intervenciones que se pueden acometer en estos espacios, que pueden requerir de distintos conocimientos técnicos. El argumento del poder adjudicador, llevado al extremo, implicaría que, por ejemplo, las redacciones de los proyectos de intervención en los puentes de acceso al conjunto monumental únicamente pudieran suscribirlos arquitectos y no ingenieros de caminos, canales y puertos (ver, sentencia del TS de 20 de febrero de 2012 ECLI:ES:TS:2012:892).
2. La documentación contractual, esto es, el Estudio de alternativas y el PCT recurrido, no exige que el proyecto cumpla con algún requisito de tipo artístico o cultural, ni requiere que su redacción se deba sujetar al Decreto 17/2005. La única referencia que figura a esta norma es al objeto de justificar la restricción en exclusiva a la titulación de arquitecto la redacción del proyecto. En concreto, la selección de la oferta más ventajosa no incluye ningún criterio de adjudicación basado en características estéticas, de diseño o de integración en un entorno calificado como Conjunto Monumental, lo que es un indicador de que este aspecto no resulta especialmente relevante para el poder adjudicador.
3. La intervención en el Casco Histórico del municipio es una parte del proyecto a redactar (Fase 1), pero no afecta a la Fase 2 que, si bien es colindante con el Conjunto Monumental, carece de calificación alguna. Además, resulta relevante que el presupuesto estimado de ejecución de las obras de la Fase 2 (590.248,88 €), que no se halla ubicado en el Conjunto Monumental, supera ampliamente el de la Fase 1 (367.195,04 €). Pero, incluso si se admitiera que en el conjunto histórico protegido los proyectos debieran ir firmados por un arquitecto, tampoco sería admisible una configuración del objeto contractual en el que se establece un monopolio a favor de una titulación basándose en argumentos que serían aplicables a poco más de una tercera parte del valor económico del contrato pudiendo ser el resto del objeto del contrato susceptible de licitación independiente (como lo serán las fases 3, 4 y 5 previstas en el Estudio de alternativas). Téngase en cuenta que este OARC/KEAO se ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 18/2015) en sentido contrario a una fórmula jurídica o elección de configuración del contrato que hagan injustificada o desproporcionadamente valiosa una característica que solo un posible licitador o grupo de licitadores ostenta.
4. Habida cuenta de que sólo una parte del proyecto a redactar se va a ejecutar en el Conjunto monumental y que el proyecto requiere del diseño y proyección de pasarelas, rampas, pasos de peatones, vados de peatones, pavimentos etc., no se puede negar la capacidad técnica real de los titulados en la ingeniería de caminos, canales y puentes para el ejercicio de la función de redactar el proyecto.
5. La supuesta falta de competencia de los ingenieros de caminos, canales y puertos en materias relacionadas con el arte o la historia alegada por el poder adjudicador, en el

contrato que nos ocupa, podría ser completada por la especial formación que a estos efectos se le atribuye al arquitecto que, forzosamente, ha de integrarse en el equipo de trabajo según se establece en la cláusula 4 del PCT.

5.5.8. Discrecionalidad para la fijación de las prescripciones técnicas y mención “o equivalente

Resolución 78/2019

En lo que respecta a la formulación de las especificaciones técnicas, resulta relevante señalar que, tal y como se expresa en la STJUE de 25 de octubre de 2018 (asunto C-413/17 ECLI:EU:C:2018:865, apartados 27, 28, 29 y 30), el artículo 42 de la Directiva 2014/24, a cuya transposición obedece el artículo 126 de la LCSP, (i) no establece una jerarquía entre los métodos para formular las especificaciones técnicas y no da preferencia a ninguno de esos métodos, (ii) que la normativa de la Unión relativa a las especificaciones técnicas otorga un amplio margen de apreciación al poder adjudicador para formular las especificaciones técnicas de un contrato y (iii) que este margen de apreciación está justificado por el hecho de que son los poderes adjudicadores quienes mejor conocen los suministros que necesitan y quienes mejor pueden determinar las exigencias que deben cumplir para obtener los resultados deseados.

No obstante, el artículo 126 de la LCSP establece ciertos límites a la discrecionalidad que le asiste al poder adjudicador en la redacción de las especificaciones técnicas que, en todo caso, debe respetar. En concreto, exige que las especificaciones técnicas den a los operadores económicos igualdad de acceso al procedimiento de adjudicación del contrato y que no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia (126.1 de la LCSP) y que, salvo que lo justifique el objeto del contrato, no hagan referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos (artículo 126.6 de la LCSP). Este límite tiene una excepción, que es la de que tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5 del artículo 126, en cuyo caso irá acompañada de la mención “o equivalente”.

En el contrato cuyos pliegos se impugnan se observa que tanto su objeto como las prescripciones técnicas que definen los servicios y suministros solicitados están redactados en referencia a una marca en concreto (IBM MÁXIMO), que es una solución informática concreta para la gestión de activos, de entre otras que existen en el mercado, ofrecida por un fabricante en concreto. Es más, la exigencia de una marca afecta a otras estipulaciones contractuales, como a los criterios de solvencia técnica o profesional que exigen que el licitador acredite experiencia en la realización de servicios o trabajos sobre dicha plataforma informática o la disposición de un mínimo de plantilla de trabajadores con experiencia en la misma, o a los criterios de adjudicación, que plantean la comparación de ofertas de precios

de licencias IBM MÁXIMO o de la experiencia en esta herramienta informática del equipo profesional ofertado. Consecuentemente, resulta indudable que las prescripciones técnicas, además de otras estipulaciones contractuales, han sido redactadas en referencia a una marca determinada contraviniendo lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LCSP. Además, el poder adjudicador no lo niega, es más, lo viene a confirmar al afirmar en el Informe de necesidad que consta en el expediente que solicitó a una consultora externa un análisis detallado de los requerimientos que debían ser cubiertos por la herramienta informática, así como una valoración inicial de productos de mercado que pudieran dar respuesta a las necesidades detectadas (último párrafo de la página 1). A juicio de este OARC/KEAO, en la práctica, este análisis ha resultado ser la selección de un producto de una marca en concreto. Esta actuación supone una restricción de forma arbitraria de la competencia, ya que potenciales licitadores que ofrecen soluciones equivalentes o análogas no podrán concurrir a la licitación mientras que, por el contrario, se favorece a determinados operadores económicos (aquellos que están en disposición de ofrecer la marca solicitada).

(...)

El artículo 126.6 de la LCSP dispone que es posible, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato con arreglo al apartado 5 de dicho artículo, hacer referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, siempre que lo justifique el objeto del contrato concretamente y que dicha referencia vaya acompañada de la mención o equivalente.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter de excepción que tiene esta disposición, las condiciones en las que el poder adjudicador puede hacer uso de esa posibilidad deben ser objeto de una interpretación estricta.

La necesidad de que las especificaciones técnicas sean lo más abiertas posibles encuentra su justificación en el considerando 74 de la Directiva 2014/24 al señalar que, “Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado (...)”.

Téngase en cuenta que cuanto más detalladas son las especificaciones técnicas mayor es el riesgo de que los productos de un determinado fabricante se vean favorecidos (en este sentido, el apartado 37 de la STJUE de 25 de octubre de 2018 anteriormente citada), de lo que se desprende que el principio general consiste en formular en términos abiertos las especificaciones técnicas.

Consecuentemente, la posibilidad excepcional de la mención singular de una marca, de una patente o de figuras similares (siempre con el añadido o equivalente) en las prescripciones técnicas se debe basar en la existencia de razones para efectuar una descripción de éstas de forma detallada o, dicho de otra manera, que la definición de la prescripción requiera de la mención expresa de la marca, patente o figura similar pero, en ningún caso, se puede

considerar que el mero hecho de adicionar a una marca concreta la locución o equivalente, sin justificación, es una manera de formular las especificaciones técnicas equiparable a las detalladas en el artículo 126.5 de la LCSP.

En el contrato que nos ocupa, este OARC/KEAO no aprecia la concurrencia de obstáculo alguno que impida una descripción del objeto del contrato conforme a alguna de las reglas establecidas en el artículo 126.5 de la LCSP, las cuales otorgan al poder adjudicador un importante margen de discrecionalidad al redactar las prescripciones o especificaciones técnicas para, desde un punto de vista funcional u otros, afrontar los objetivos del contrato, y, ni en el expediente, ni en la documentación contractual, ni en el informe del poder adjudicador consta referencia alguna a la excepcionalidad que pudiera justificar la elaboración de unas prescripciones o especificaciones técnicas referidas a una marca en concreto que, además, han ocasionado que otras estipulaciones esenciales del contrato, como la fijación de requisitos de solvencia técnica o profesional y criterios de adjudicación, reduzcan injustificadamente el círculo de licitadores potenciales a quienes se hallen relacionados con dicha marca. Por el contrario, el Informe de necesidad se limita a manifestar que se solicitó a una consultora externa el análisis detallado de los requerimientos, así como una valoración inicial de productos de mercado y expresar que la solución seleccionada es IPM MÁXIMO, lo cual únicamente confirma que existen soluciones equivalentes en el mercado y, por consiguiente, que el poder adjudicador se ha apartado, sin justificación, de la regla general de establecimiento de las prescripciones técnicas del artículo 126 de la LCSP.

5.5.9. Arraigo territorial

Resolución 27/2019

Considera la recurrente que la exigencia de que el centro sanitario se encuentre ubicado en Bizkaia es una cláusula de territorialidad ilegal. Por el contrario, el poder adjudicador piensa que, en el presente caso, el arraigo territorial está vinculado al objeto del contrato y su exigencia es proporcional al mismo.

Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su nacionalidad o su domicilio social. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es la asistencia sanitaria y, en concreto, la prestación de unas terapias esenciales para la salud de pacientes especialmente vulnerables de las Organizaciones

Sanitarias Integradas de Bizkaia para que sean realizadas en condiciones semejantes a los tratamientos dispensados en los centros del poder adjudicador. Este OARC/KEAO entiende que la medida adoptada es adecuada a la finalidad que persigue, el que las condiciones de acceso al servicio prestado mediante el contrato sean similares a las prestadas en la propia red pública, ya que se consigue que las condiciones de acceso al servicio sean equivalentes en cuanto a cercanía de los centros a los domicilios de los pacientes, tiempos de llegada a los centros, posibilidad de utilización del transporte público, eficiencia en la utilización del transporte sanitario programado, en suma, que las personas enfermas que van a recibir dichas prestaciones sanitarias no se vean obligadas a realizar largos desplazamientos de ida y vuelta que pudieran penalizar su salud. De la misma forma, no parece desproporcionado que dicho requisito se deba cumplir imperativamente, no en un concreto término municipal, sino en cualquiera de los 112 que componen el Territorio Histórico de Bizkaia ya que, como se ha manifestado anteriormente, la ubicación del centro asistencial es sumamente relevante para la realización del objeto de contrato, sin que dicha exigencia pueda calificarse como arbitraria o injustificada, dado que se encuentra motivada e incardinada en la necesidad que el contrato quiere satisfacer.

5.6. VARIANTES Y MEJORAS

5.6.1. Mejoras: concepto

Resolución 112/2018

Tal y como tiene establecida la doctrina del OARC/KEAO a propósito del artículo 147.2 del TRLCSP, antecedente del artículo 145.7 de la LCSP (ver por todas, la Resolución 139/2016), 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 C513/99, ECLI:EU:C:2002:495). En lo que a la cláusula impugnada se refiere, se observa que describir las mejoras como aquellas que estén directamente relacionadas con el objeto del contrato es redundante, pues se trata de una condición implícita en el mismo concepto de cualquier criterio de adjudicación (artículos 14.5 a) y 145.6 de la LCSP). Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 145.7 de la LCSP 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 evaluables queda al libre arbitrio del órgano de contratación y a los licitadores se les oculta un dato fundamental para la fundada elaboración de sus proposiciones.

5.7. OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES

5.7.1. Obligación legal

Resolución 169/2018

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que establece que (...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC/KEAO (ver, por todas, su Resolución 60/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información sobre personal a subrogar tiene la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, pueden impugnar su inexactitud (ver la Resolución 118/2013 del OARC/KEAO). En este sentido, los pliegos no regulan la subrogación, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable como, por ejemplo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ver, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773), cuyo contenido no se vería en ningún caso alterado por la decisión que este Órgano pudiera adoptar.

Resolución 110/2019

a) Sobre la subrogación en la LCSP

En síntesis, el artículo 130 de la LCSP establece que en los contratos afectados por una norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones

laborales, existe para el poder adjudicador una obligación de incluir en el pliego que ha de regir la licitación la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. La literalidad de este precepto es ligeramente diferente a la de su antecedente, el artículo 120 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS), que hablaba de los contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales; esta redacción podía dar lugar a entender que el clausulado del propio contrato público era título jurídico suficiente para la obligación de subrogación aunque esta no viniera impuesta por la legislación laboral o un convenio colectivo. Sin embargo, no fue esta la interpretación mantenida por los órganos de recursos contractuales, que en general consideraron que el mandato legal implicaba un deber de transparencia del poder adjudicador, el cual se limitaba a informar de una obligación preexistente con la finalidad de que los operadores económicos interesados pudieran conocer con precisión los costes laborales derivados del contrato y decidir, a la vista de ellos, si les interesaba presentar una oferta y, en su caso, el contenido de la misma (ver, por todas, la Resolución 49/2018 del OARC/KEAO). Esta interpretación es también la que adoptó el Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 de junio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2675 (sala de lo contencioso) y de 12 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4773 (sala de lo social), y la que, ahora incluso con más apoyo en la estricta literalidad del precepto, ha mantenido el OARC/KEAO a propósito del artículo 130 de la LCSP (ver, por todas, su Resolución 169/2018); en síntesis, el criterio es que es a la legislación laboral a la que debe atenderse para imponer o no la obligación de subrogación. Desde este punto de vista, no cabe duda de que las cláusulas impugnadas no están amparadas por el citado artículo 130 ni tampoco por ningún convenio colectivo; dado que es claro (y las partes no lo discuten) que tampoco están habilitadas por el Estatuto de los Trabajadores u otra norma jurídica, y a la vista del debate suscitado entre las partes, debe analizarse si el Decreto 106/2008 puede legitimarlas.

b) Sobre el Decreto 106/2008 como fuente de la obligación de subrogación

Partiendo de la base de que el propio pliego no puede ser la fuente de la obligación de subrogación, debe analizarse ahora si el hecho de que el Decreto 106/2008 formalice un acuerdo entre el poder adjudicador y su personal que establece que las nuevas adjudicatarias de servicios externalizados garantizarán dicha subrogación es suficiente para considerar conformes a Derecho las estipulaciones impugnadas. A juicio de este OARC/KEAO, la conclusión es negativa. A diferencia del compromiso adquirido por la Administración en el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013, recurso 58/2012, ECLI:ES:TS:2013:3407, alegada por GIROA, el Decreto 106/2008 no establece taxativamente que Osakidetza deba incluir siempre y en todo caso en los pliegos cláusulas de subrogación obligatoria. Téngase en cuenta que el destinatario de la obligación no es aquí, literalmente, el poder adjudicador, sino terceros ajenos al Acuerdo, las nuevas adjudicatarias de los servicios externalizados, que siempre podrían alegar que el pacto no les vincula y que solo estarán obligadas a la subrogación si se dan los requisitos para ello (norma o convenio colectivo que la impongan) y no por la sola fuerza del Decreto 106/2008 o del contrato. Por ello, debe entenderse que, con una redacción no muy clara, lo que se ha buscado es instar a la Administración a

hacer cumplir la normativa o los convenios que obligan a la subrogación en el caso de que sean aplicables, pero no imponer esta última por vía exclusiva del clausulado del contrato. No obstante, debe aclararse que, incluso en el caso de que el punto 13 se interpretara como un mandato unívoco de introducir en todo caso una cláusula como la impugnada, ello no implicaría, evidentemente, una excepción normativa que exceptuara la prohibición general legislativa de que el contrato sea fuente de la obligación de subrogación; tan solo supondría el deber de Osakidetza de introducir una cláusula predispuesta en los pliegos, cuya adecuación al Ordenamiento debe verificarse en atención a las circunstancias concretas del contrato público en el que se inserta y del Derecho aplicable al caso, sin que dicho ajuste se pueda prejuzgar por su sola presencia en la norma que impone establecer la estipulación (ver, por ejemplo, la sentencia de 30 de diciembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, número 603/2014, ECLI:ES:TSJPV:2014:3937, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2016, número 1301/2016, ECLI:ES:TS:2016:2639). Consecuentemente, y dado que en este caso no hay ningún título jurídico válido para la obligación de subrogación, el recurso debe estimarse.

5.7.2. Contenido mínimo de la información que debe facilitarse

Resolución 112/2019

El artículo 130.1 de la LCSP establece que el alcance de la información sobre la obligación de subrogación debe comprender las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo; además, se establece que, a tal efecto, el anterior adjudicatario del servicio está obligado a proporcionar, como mínimo, los listados del personal objeto de subrogación, con indicación del convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.

Una vez contrastados los requerimientos legales expuestos en el párrafo anterior con el contenido de los pliegos impugnados (cláusula específica 10 y Anexo I.2 del PCAP), este OARC/KEAO estima que el poder adjudicador ha cumplido sustancialmente con ellos; en particular, consta la siguiente información:

- la constancia expresa de que la información se proporciona en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP.
- el convenio colectivo que impone la obligación de subrogación es el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, publicado y registrado mediante la Resolución de 19 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo.
- se aporta un listado anonimizado de trabajadores con derecho a la subrogación que incluye la fecha de antigüedad, el convenio colectivo y acuerdos o pactos de empresa que les

afectan, la categoría profesional, el tipo de contrato y su fecha de vencimiento, la jornada expresada en porcentaje y el salario bruto.

A juicio de este Órgano, la citada información satisface el contenido mínimo que en todo caso el artículo 130 de la LCSP exige que se incluya en los pliegos. A partir de ahí, el recurrente no ha demostrado que el anterior adjudicatario haya omitido ningún dato esencial para que los licitadores evalúen con exactitud los costes laborales de una posible oferta, ni que el poder adjudicador haya incumplido con la obligación de transparencia que le impone el citado precepto. En este sentido, AESPRI se ha limitado a mencionar determinadas vicisitudes que, eventualmente, podrían incidir en los contratos y que pueden haberse producido o no, reclamando que se informe de ellas (si el contrato pasó en algún momento a ser indefinido, si el trabajador está en incapacidad temporal...); este Órgano estima que la LCSP no pide una información tan exhaustiva (e imposible) que comprenda no solo los datos relevantes, sino también la aclaración negativa de que tales eventualidades no se han producido. Tampoco pueden aceptarse las observaciones sobre la fecha de antigüedad y el tipo de jornada, que se refieren a cuestiones interpretativas de la información aportada que no parecen afectar a su suficiencia ni ser de tal calibre que pueda entenderse vulnerado el principio de transparencia.

Resolución 130/2019

En el listado publicado como documento anexo al PCAP, que el poder adjudicador alega que contiene la información solicitada por la recurrente, se observa que los datos que figuran en la columna de Salario bruto anual consisten en, bien una remisión genérica al convenio (Lotes 2 y 3 y actividades de yoga y tai-chi), bien un importe/hora (Lotes 1 y 4 y actividades de running, triatlón). Esta información no satisface el contenido del artículo 130.1 de la LCSP que especifica que entre la información que se deberá facilitar en todo caso debe figurar la del salario bruto anual de cada trabajador. Téngase en cuenta que la finalidad perseguida es la de proporcionar a los licitadores interesados información fehaciente sobre los costes laborales del personal a subrogar, o como especifica el mencionado artículo sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, lo cual únicamente se logrará facilitando la información relacionada en la norma, lo cual es incompatible con una remisión genérica a un convenio o con facilitar información sobre el salario de forma parcial. Estas objeciones no son aplicables al listado facilitado por la Federación Alavesa de Tennis de Mesa, que satisface la pretensión de la recurrente.

Finalmente, procede recordar que al objeto de satisfacer el principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP) y la finalidad que persigue el artículo 130 de la LCSP, es obligación del poder adjudicador el verificar el contenido de la información que a este respecto le facilita la empresa que está ejecutando el servicio (ver, en este sentido la Resolución 44/2014).

5.7.3. No hay obligación de que el nuevo contrato permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda mantener en él las

mismas condiciones

Resolución 5/2019

Por otro lado, como bien indica el Ayuntamiento, entra dentro de la discrecionalidad que le ampara en el diseño de la prestación establecer el número de horas de trabajo necesarias para cumplir con la finalidad del contrato, sin que exista un derecho subjetivo que permita al recurrente exigir al poder adjudicador una estructura de la obligación que permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda seguir en las mismas tareas que venía desempeñando anteriormente y bajo las mismas condiciones.

5.8. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

5.8.1. Condición de ejecución medioambiental

Resolución 160/2018

La cláusula 10.1 del PCAP es la otra estipulación impugnada. Como su título expresa, se trata de una condición especial medioambiental de ejecución del contrato de las recogidas en el artículo 202.2 de la LCSP. Además de establecer el alcance de la condición (que la electricidad suministrada proceda al 100% de fuentes renovables), indica cuál es la forma de acreditar su cumplimiento; en concreto, se exige que el contratista presente todas las certificaciones de procedencia de la energía suministrada que emita la CNMC de acuerdo con la Orden. A diferencia de lo que sucede con la cláusula 21.2, expresada en estos términos y para este contexto, el requerimiento es adecuado a la legislación contractual. En primer lugar, aunque no se establece así expresamente (literalmente, solo se habla de “la electricidad suministrada por la adjudicataria”), la exigencia se refiere únicamente a la electricidad suministrada en el marco del contrato, y no a la que pueda el adjudicatario vender en el resto de su actividad. Así se deduce de la misma definición de “condición de ejecución”, que comprende la vinculación al objeto del contrato en el sentido que da a este término el artículo 145.6 de la LCSP (ver el artículo 202.1 de la LCSP); dicha vinculación no existiría si la exigencia se dirigiera a fiscalizar actividades de la empresa no relacionadas de ningún modo con la prestación contractual (así sucedería, por ejemplo, si al contratista se le pidiera la garantía de que, en el desarrollo de toda su actividad comercial, vende exclusivamente energía de origen renovable). A mayor abundamiento, la función principal del sistema de la Orden es precisamente demostrar al consumidor final que la energía adquirida es de origen renovable, que es, en definitiva, lo que la cláusula impugnada pretende (ver, por ejemplo, el documento de la Comisión de la Unión Europea “Criterios de la CPE de la UE aplicables a la electricidad”).¹⁰ Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

¹⁰ Disponible en el enlace: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/electricity_es.pdf

Resolución 33/2019

El apartado 11.2.1 de las Cláusulas Específicas del Contrato establece como obligación en materia medioambiental la “ETIQUETA A: ENERGÍA ELÉCTRICA GENERADA 100% FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLE”. De la escueta descripción de todo el apartado 11 se deduce que establece obligaciones que asume el contratista para ejecutar la prestación de una cierta manera o cumpliendo ciertas condiciones; en concreto, la estipulación impugnada se refiere a una obligación de tipo medioambiental. Se trata, en suma, de una condición especial de ejecución del contrato de las recogidas en el artículo 202 de la LCSP. Además de que, como ya se ha dicho, la etiqueta A no acredita que toda la energía comercializada por una empresa sea de origen íntegramente renovable, la cláusula no es aceptable por incumplir este precepto, que establece que la condición especial debe estar vinculada con el objeto del contrato, en el sentido expresado por el artículo 145.6 de la LCSP. Esta vinculación requiere, en síntesis, que la condición se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Dado que la etiqueta A se obtiene en razón de las características de la energía comercializada en un periodo necesariamente anterior al inicio de la vigencia del contrato, no puede referirse a la energía suministrada en virtud del contrato; incluso en el caso de que la intención de la cláusula fuera que el contratista asumiera la obligación de volver a conseguir la etiqueta para periodos sucesivos seguiría sin cumplirse el requisito de vinculación con el objeto, pues para cumplirla la empresa tendría que seguir una determinada política comercial global, y no solo en el ámbito del contrato. En este sentido, si lo que se quiere es verificar que la energía suministrada en el marco del contrato es íntegramente de origen renovable, el cauce adecuado es el sistema de garantías de origen, que es precisamente lo que recoge el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato en su apartado 1 (ver, por ejemplo, el apartado c) del Fundamento Jurídico Octavo de la Resolución 160/2018 del OARC/ KEAO).

6. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PROPOSICIONES

6.1. DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA

6.1.1. Libertad de configuración de la oferta

Resolución 168/2019

Debe tenerse en cuenta que, salvo que los pliegos impongan, por razones proporcionadas, una manera concreta de presentar la información, ha de primar la libre configuración de la misma por el licitador, que pudo introducir en ella la información correspondiente del modo que estimara más adecuado (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2019 del OARC/KEAO).

6.1.3. Requisitos de extensión y forma de la oferta

Resolución 92/2019

En diversas ocasiones este OARC/KEAO se ha pronunciado sobre la exigencia en los pliegos de la licitación de una extensión de la oferta manifestando que su objeto es, entre otros, que la documentación de las ofertas sea homogénea en cuanto al tamaño y forma de su presentación (ver, en este sentido, la Resolución 60/2014) para facilitar su examen y valoración. Consecuentemente, el señalamiento en los pliegos del contrato de un requisito formal para la presentación de ofertas como el recurrido es perfectamente posible y legítimo. Igualmente, es cierto que una alteración de la extensión, forma, etc. podría producir desigualdades entre los licitadores, pues al aceptar ofertas que no son conformes al formato exigido se otorgaría a éstas una posición de ventaja respecto quienes sí han respetado las reglas fijadas en unos pliegos que los licitadores con la presentación de sus propuestas han aceptado de forma incondicional y sin salvedad alguna (cláusula 13. 2º del PCAP).

6.2. PLAZO DE PRESENTACIÓN

6.2.1. Inferior al establecido en la norma

Resolución 175/2018

El recurrente afirma que el plazo de presentación de ofertas establecido en el anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) del 13 de septiembre, que finaliza el día 10 de octubre a las 14:00 horas, es contrario al artículo 156 de la LCSP por ser más breve que el que este precepto establece como mínimo en su apartado 2 (35 días). Como bien indica Osakidetza, aunque la regla general (artículo 156.2 de la LCSP) es que el plazo de presentación de proposiciones no sea inferior a treinta y cinco días contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, el artículo 156.3 c) de la LCSP lo reduce en cinco días si el órgano de contratación acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos. Esta circunstancia concurre en el presente caso (ver, por ejemplo, la cláusula 12 del PCAP y las cláusulas 19.6.1, 20.5 y 24 de sus cláusulas específicas), por lo que, dado que el envío al DOUE se produjo el día 10 de septiembre, el plazo de 30 días finalizaría el día 10 de octubre.

El anuncio de la licitación establece el 10 de octubre como fecha límite para la presentación de ofertas en su apartado IV.3.4, pero especificando que solo hasta las 14:00 horas de dicho día. Consecuentemente, el plazo fijado no llega al mínimo legal porque su último día no se computa íntegramente como parte de él, sino solo sus catorce primeras horas; dicho de otro modo, el plazo ofrecido es de 29 días y 14 horas, y no de treinta días. Esta apreciación es, además, coherente con el artículo 31.2 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, que establece que los registros electrónicos permitirán la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro horas, lo que hace que la limitación horaria establecida, además de contraria a la LCSP y a este precepto, sea superflua y difícilmente entendible. Por todo ello, este motivo de recurso debe estimarse.

Resolución 102/2019

Debe tenerse en cuenta que los días deben entenderse naturales, si bien si el último día del plazo fuera inhábil (como en este caso), este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (ver la Disposición Adicional Duodécima de la LCSP), lo cual significa que el plazo no concluye hasta finalizar la última hora del último día del plazo, pues de lo contrario, el plazo del que disponen los licitadores no sería íntegro por no incluir completo el último día del mismo. Esta solución es la que figura en el artículo 3.2 b) del Reglamento CEE EURATOM 1182/71, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, así como el Considerando 106 de la Directiva 2014/24, que declara esta norma aplicable a los plazos establecidos en ella y, si bien el contrato analizado no está sujeto a regulación armonizada y por tanto no es aplicable directamente al asunto que nos ocupa, sirve de pauta interpretativa de cómo efectuar el cómputo de los plazos de presentación de ofertas.

Dado que en el presente caso los potenciales licitadores no disponen en su totalidad del citado último día del cómputo, debe entenderse que el plazo de presentación de ofertas incumple el artículo 156.6 de la LCSP, por lo que el motivo de recurso basado en la insuficiencia de dicho plazo debe estimarse.

6.2.2. Proposición presentada fuera de plazo por supuesto mal funcionamiento de la Plataforma

Resolución 167/2019

La base de la impugnación planteada es la alegación de que si la proposición de LOGSA no tuvo entrada en el plazo previsto en el anuncio de licitación fue por causas imputables al mal funcionamiento de la Plataforma y a la insuficiente asistencia prestada por sus servicios técnicos. A juicio de este OARC/KEAO, esta alegación no puede aceptarse y, consecuentemente, el recurso debe desestimarse por las razones que a continuación se exponen (ver, en el mismo sentido, la Resolución 182/2018 del OARC/KEAO):

1. En el expediente consta que el plazo de presentación finalizaba a las 9:30 del día 26 de junio, y la propia recurrente señala que a las 8:00 del mismo día procedió a habilitarse temporalmente para acceder al expediente. Si bien es cierto que los operadores económicos interesados deben disponer de la totalidad del plazo de presentación, de tal modo que sea indiferente qué momento elijan para hacer llegar su oferta al poder adjudicador, siempre que esté dentro de dicho plazo, es claro también que una empresa que opte por utilizar un periodo tan apurado debe ser consciente de que corre el riesgo de no disponer de un margen suficiente para solucionar posibles incidencias fortuitas o imputables a ella misma; tampoco puede pretender que la asistencia técnica facilitada por la Plataforma para ayudar en el proceso de envío sea tan eficaz en ese caso como cuando se trabaja sin tanta premura (debe tenerse en cuenta que la recurrente afirma que inició los intentos de contactar con dicha asistencia a las 8:30).
2. El informe emitido por el Responsable de Contratación Electrónica, que goza de presunción de veracidad por estar emitido por un funcionario público en razón de su cargo, indica que no ha habido fallo alguno en los sistemas informáticos o en los servicios de asistencia que haya impedido o dificultado la presentación de la oferta; por el contrario, dicho informe sí señala que se había realizado una habilitación temporal para licitar por una empresa distinta de la recurrente.
3. Por último, no cabe entender aplicable el artículo 136.2 de la LCSP (que permite ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas, de forma que todos los posibles interesados en la licitación puedan tener acceso a la información necesaria para elaborar estas), entre otras razones, porque su aplicación se condiciona a que el interesado hubiera formulado con la debida antelación su requerimiento de información (apartado 3 del artículo 138 de la LCSP), lo que aquí no se cumple.
4. A la vista de todo ello, no es necesario acceder al requerimiento de prueba solicitado en

el recurso, pues se refiere a cuestiones que ya han sido acreditadas en el procedimiento.

6.3. SECRETO DE LA OFERTA Y VALORACIÓN SEPARADA

6.3.1. Doctrina general

Resolución 215/2019

Sobre esta cuestión, este OARC/KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 197/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC/KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

6.3.2. Finalidad de la apertura separada de sobres

Resolución 157/2018

El párrafo 2º del artículo 146.2 de la LCSP señala que en todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. (...). Sobre esta cuestión, este OARC/KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 74/2017) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo sobre dicha objetividad (ver, por ejemplo, la Resolución 191/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

6.3.3. Vulneración material del secreto

Resolución 157/2018

Resulta relevante para la cuestión planteada reseñar que la infracción de la regla debe ser material y no meramente formal, siendo preciso que efectivamente se vulnere la objetividad que el sistema de valoración separada pretende garantizar (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2013 del OARC/KEAO).

6.4. OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS

6.4.1. Doctrina general

Resolución 114/2019

La doctrina general de este Órgano sobre la verificación de la anormalidad de las proposiciones figura resumida en su Resolución 69/2019 en los siguientes términos:

- por lo que se refiere a la naturaleza y función de la institución, se trata de una excepción al principio que establece que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, la cual permite excluir las ofertas especialmente ventajosas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser normalmente cumplido si se perfecciona en los términos propuestos.
- la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las (...) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, y que es necesario que (...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento —que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas— en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver también la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante, TACRC).
- en relación a la justificación de su oferta por el licitador incurso en temeridad, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; ver, por ejemplo, la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) y ahora, el artículo 149.4 de la LCSP.
- en cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en sospecha de temeridad, en la Resolución 97/2015 este Órgano Resolutorio ha sostenido que (...) hay que recordar que la finalidad última del procedimiento de apreciación de

anormalidad o desproporción de una oferta es verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución —el artículo 152.4 TRLCSP dice que la oferta no puede ser cumplida—. Esta imposibilidad de la ejecución no puede deducirse, sin más análisis, del desglose de los costes de la proposición o del valor del margen de beneficio; en la Resolución 42/2015 se afirma que se (...) exige del órgano de contratación un juicio de viabilidad si estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, lo cual significa que la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (...); esta doctrina es igualmente aplicable al artículo 149 de la LCSP (ver la Resolución 68/2019 del OARC/KEAO).

- por lo que se refiere al sistema de fijación del umbral de sospecha de temeridad por referencia a la media de las ofertas, la citada sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001, establece la conformidad de esta fórmula con el derecho europeo de la contratación pública, si bien (...) el referido resultado no debe ser intangible, sino que la entidad adjudicadora debe poder reconsiderarlo siempre que sea necesario, teniendo en cuenta, entre otros factores, el umbral de anomalía de las ofertas en licitaciones comparables y las enseñanzas que puedan extraerse de la experiencia común (ver, en especial, el apartado 72).
- finalmente, se debe señalar que el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad y, en este sentido, en la Resolución 095/2015 de este OARC/KEAO se afirma que (...) debe recordarse que es reiterada doctrina, expresada sobre todo a propósito de la valoración de los criterios de adjudicación, pero extensible también al caso, que el OARC/KEAO no puede entrar a controlar el ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica, más allá de la verificación de que dicho ejercicio se ajusta a los límites jurídicos que lo constriñen, como son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, o el seguimiento de los principios generales del TRLCSP, especialmente el de igualdad y no discriminación (ver, por todas, la Resolución 90/2013 del OARC/KEAO).

6.4.2. Apreciación de anormalidad basada en un error de hecho

Resolución 126/2019

A juicio de este Órgano, esta razón no es suficiente para sustentar la exclusión y considerar que ALOKABIDE ha hecho un uso correcto del margen de discrecionalidad técnica que le asiste. Y ello, porque parte de un error de hecho a la hora de valorar la justificación de la baja de la recurrente, ya que considera que el equipo mínimo exigido por los pliegos y ofertado por GIROA debe prestar el servicio en régimen de dedicación exclusiva.

6.4.3. Requerimiento al licitador sospechoso de anormalidad

Resolución 196/2019

El requerimiento al recurrente para que justifique la viabilidad de su proposición es una reiteración parcial del artículo 149 de la LCSP y no hace ninguna mención a aspectos concretos de la proposición. Este contenido no satisface la exigencia del apartado 4 del citado precepto, que pide que dicho requerimiento se formule con claridad, de manera que el licitador incurso en sospecha de anormalidad esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Esta irregularidad ha causado indefensión en el recurrente, pues la exclusión, al contrario que el requerimiento, sí se ha fundamentado en dos cuestiones muy concretas que no se citaron en la solicitud inicial. Por otro lado, el poder adjudicador tampoco ha solicitado posteriormente aclaraciones adicionales más específicas que podrían haber despejado la sospecha de anormalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 701/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

6.4.4. No cabe defender la viabilidad de la oferta sospechosa con base en supuestos diferentes de los de dicha oferta

Resolución 120/2019

(...) el principal argumento para solicitar la desestimación del recurso es que la defensa de la viabilidad de la oferta sospechosa de anormalidad se basa en supuestos diferentes de los que fundan la proposición de UTE ATELIER. A juicio de este Órgano, esta razón es suficiente para sustentar la exclusión y considerar que VISESA ha hecho un uso correcto del margen de discrecionalidad técnica que le asiste. Debe recordarse que el último párrafo del artículo 149.4 de la LCSP establece que se entenderá que la justificación aportada por el licitador sospechoso no explica satisfactoriamente la anormalidad del precio cuando, entre otros casos, se base en hipótesis inadecuadas desde el punto de vista jurídico. Dado que la inalterabilidad de las ofertas es una regla fundamental en los procedimientos abiertos como el que se analiza (artículo 156.1 de la LCSP), no puede entenderse conforme a Derecho una explicación que pretende acreditar la viabilidad de la oferta proponiendo su ejecución en términos distintos de los inicialmente propuestos.

6.5. SUBSANACIÓN Y ACLARACIONES

6.5.1. Aclaración de las ofertas

Resolución 184/2018

Este OARC/KEAO ha aceptado la aclaración de la oferta si se respetan los principios de proporcionalidad e igualdad de trato y no se modifican los términos de la proposición (ver, por ejemplo, la Resolución 112/2016); es decir, la finalidad de la aclaración es solventar una ambigüedad o error en la documentación presentada por el licitador que suscita dudas sobre el verdadero alcance de su voluntad contractual. Sin embargo, en el supuesto analizado, la voluntad expresada por el licitador frente al poder adjudicador, única sobre la que se pueden efectuar deducciones y emitir juicios jurídicos porque sobre la voluntad que los recurrentes alegan que querían expresar y no plasmaron adecuadamente no puede sino especularse, es clara y no permite interpretaciones ni precisa de ninguna explicación adicional: el licitador oferta un precio por anualidad para los servicios ordinarios. No hay en la oferta o en otros documentos contractuales ningún dato que permita deducir que la verdadera intención sea distinta de la expresamente formulada (como sí sucede en los casos alegados en el recurso, en los que había una discrepancia entre los precios unitarios y globales que hacían pensar que un error material evidente impedía conocer la intención de la oferta). En concreto, no se deduce del expediente que la voluntad de los recurrentes fuera la de ofertar el precio global, es decir, para toda la duración del contrato, como se alega en la impugnación (de hecho, esta afirmación no se extiende al precio propuesto para los servicios ordinarios). Consecuentemente, la proposición solo puede considerarse en sus propios términos literales pues, material y formalmente, es correcta aunque sea inaceptable, lo que conduce a la exclusión de la oferta por superar el importe máximo de licitación y a la desestimación del recurso.

Autorizar una “subsanción” como la que pretenden los recurrentes equivaldría a aceptar una nueva manifestación de voluntad para modificar la oferta, lo cual está terminantemente vedado por infringir los principios de igualdad de trato y transparencia del artículo 1 de la LCSP, siendo tan solo los licitadores los responsables de los perjuicios derivados de la falta de diligencia en la elaboración de la proposición, sin que puedan demandar al poder adjudicador un trámite de aclaración para compensarla (ver la Resolución 109/2013 del OARC/KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

Resolución 99/2019

Esta conclusión tiene la consecuencia de que, al no haber ambigüedad o error en la oferta, tampoco cabe ninguna solicitud de aclaración o subsanación. El trámite seguido equivale, en realidad, a la reelaboración de la oferta inicial y a la admisión por GUEDAN (en el mismo procedimiento de adjudicación, y no solo en las alegaciones al recurso; ver las Resoluciones 9 y 112/2016 de este OARC/KEAO) que su proposición incurre en un error manifiesto en su importe, lo que, según el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), supone que debe ser desechada, sin que quepa

que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable, especialmente a la vista de que la cuestión debatida fue objeto expreso de una aclaración publicada, plenamente respetuosa con el sentido de los pliegos y que pudo conocer antes de la citada elaboración (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC/KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

Resolución 141/2019

3) A juicio de este Órgano, la documentación presentada es confusa en cuanto a los resultados que acreditan ambos certificados; así lo demuestra el hecho de que AMD haya tenido que explicar la discrepancia entre ellos mediante una elaborada interpretación, ofrecida en el escrito de recurso y que en absoluto se deduce inequívocamente de la documentación aportada. Ello indica que la contradicción que fundamenta el acto impugnado existe realmente y que la exclusión no obedece a que el poder adjudicador haya ignorado la intención evidente del licitador. Además, como bien argumenta el informe de la Administración y admite implícitamente la recurrente, la discrepancia se extiende también al objeto de los análisis certificados, que se corresponden con dos productos distintos, lo que implica que la duda no versa únicamente sobre las características técnicas del suministro, sino sobre la misma identidad de lo ofertado. Por todo ello, debe considerarse que la exclusión de la proposición de AMD es correcta, habida cuenta de que incurre en contradicciones que impiden conocer su verdadero alcance (ver el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la cláusula 14.1 b) de las Condiciones Generales del Contrato).

4) En contra de lo que señala el recurrente, la contradicción no era susceptible de ser despejada mediante un trámite de subsanación o aclaración de la oferta, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la doctrina de este OARC/KEAO establecen que su admisibilidad se condiciona, entre otros límites, a que no suponga de hecho una reelaboración de la oferta (ver, por todas, la Resolución 89/2019 del OARC/KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122). Consecuentemente, no cabe un trámite que, como el que reclama AMD, permita al licitador elegir uno de los posibles sentidos de una proposición contradictoria y añadir a su contenido una interpretación apoyada en datos ajenos a la documentación aportada y que dista mucho de ser, como pide el TJUE, una “mera aclaración” o la subsanación de “errores materiales manifiestos” (ver el apartado 50 de la sentencia del asunto C526/16, citada anteriormente). Por otro lado, debe recordarse que no es aceptable que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC/KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191); en este caso, el recurrente debe asumir las consecuencias de incluir en su proposición documentación evidentemente contradictoria.

Resolución 178/2019

Como ha señalado anteriormente este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 153/2018), los errores en la confección de la oferta económica que impidan conocer la verdadera voluntad del licitador suponen su exclusión sin que quepa subsanación alguna. Sin embargo, la exclusión no será procedente, y procederá la subsanación o aclaración, cuando dicha verdadera voluntad del licitador pueda deducirse del contexto de toda la proposición, de forma indirecta e interpretando toda ella en su conjunto, de modo que pueda reconocerse de modo indubitado la intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error en su plasmación (ver también la Resolución 115/2016 del OARC/KEAO). En este caso, se estima que lo razonable es entender que la voluntad de la UTE adjudicataria, ocultada por un error en su exteriorización, pero clara en la globalidad de la documentación aportada, era ofertar un plazo de ejecución de 37 meses (es decir, una reducción de 4 meses sobre el plazo máximo), por lo que los términos de la adjudicación son correctos y el recurso debe desestimarse por los motivos que se exponen a continuación:

1. Entender que la verdadera intención de la UTE adjudicataria fue ofrecer un plazo de 37 meses y no de 41 meses se apoya en varios argumentos. En primer lugar, la mención a los 41 meses en la documentación técnica era obligada para no infringir la valoración separada de los criterios discrecionales y de los sujetos a evaluación automática prevista en el artículo 146.2 de la LCSP, y la propia ETS indujo esa conducta en los licitadores mediante su aclaración y cuenta con que el plazo realmente propuesto es el que consta en el Anexo III.4 a incluir en el sobre B. En segundo lugar, aunque el plazo se menciona en dos documentos del sobre B, lo cierto es que solo uno de ellos está específicamente diseñado para señalar el plazo ofertado evaluable como criterio de adjudicación y puntuarlo en consecuencia (37 meses en este caso), mientras que en el otro la indicación sobre el plazo (41 meses, precisamente el máximo admisible) es accesoria respecto a la finalidad principal del documento, que es conocer el precio bajo el que se propone ejecutar el contrato. Finalmente, no es razonable pensar que un operador económico con la experiencia y capacidad que se presupone a cualquier empresa que participe en una licitación de la dimensión de la analizada utilice sus recursos humanos y su tiempo en motivar extensamente la viabilidad técnica de un plazo de ejecución distinto del que realmente quiere ofrecer, siendo más lógico entender que es la justificación presentada de realización de la obra en el plazo de 37 meses la que se corresponde con su verdadera voluntad y que el error radica en la escueta e incidental mención de los 41 meses.
2. Consecuentemente, debe entenderse que el licitador cometió un error en la expresión de su intención contractual cuando señaló el plazo de 41 meses, posiblemente provocado porque ese es el plazo máximo y el que ya figuraba (por petición del poder adjudicador) en la documentación técnica. En estas circunstancias, la solicitud de una aclaración no es una alteración de la oferta, prohibida en los procedimientos abiertos (ver el artículo 156.1 de la LCSP y ver, por todas, la Resolución 141/2019 del OARC/KEAO, así como la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122), sino un trámite para confirmar que la verdadera voluntad de la UTE adjudicataria es la que racionalmente se deduce con claridad de toda la documentación por ella aportada (ver, en este sentido la sentencia del TSJPV de 27 de marzo de 2018 ECLI:ES:TSJPV:2018:1129). A estos efectos, es indiferente que ETS solicitara o no la citada

aclaración, pues lo cierto es que en ningún caso podría reprochársele al licitador la falta de actuación del órgano de contratación.

6.5.2. No cabe subsanar las carencias probatorias de los documentos

Resolución 137/2018

Finalmente, hay que señalar que no hay posibilidad de subsanar la infracción, ya que ello no supondría en este caso la reparación de defectos formales de los documentos presentados, sino suplir sus carencias probatorias sustituyéndolos por otros adecuados (ver, por ejemplo, la Resolución 54/2018 del OARC/KEAO).

6.5.3. Plazo adicional para aportar un documento cuyo contenido ya conoce el poder adjudicador

Resolución 211/2019

A la vista de lo señalado en el párrafo anterior, se observa que el documento omitido se refiere a un dato que ya es conocido con certeza por el poder adjudicador, de modo que, en el caso de que se concediera un plazo adicional para que el recurrente lo aportara, su contenido no podría ser diferente del que ya obra en poder de la Administración (y que sirvió para aplicar la fórmula a las demás ofertas), so pena de no cumplir con el requisito de que se trate de la tarifa efectivamente “vigente”. Llegados a este punto, es claro que la concesión del citado plazo adicional no permite una reelaboración de la oferta (prohibida en los procedimientos abiertos, según el artículo 156.1 de la LCSP; ver también, por todas, la Resolución 160/2019, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122), que podría ser comprendida en sus propios términos y evaluada con base en datos externos a la propia proposición aun cuando faltara el documento omitido; por el contrario, se trata simplemente de facultar la subsanación de una omisión puramente formal, lo que no afecta a ningún dato relevante para la selección de la mejor oferta o para conocer su adecuación a las prescripciones técnicas, y que no conlleva infracción alguna del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

6.5.4. Reelaboración de la oferta

Resolución 195/2019

Los pliegos establecen la presentación de una declaración del licitador y de una documentación que la acredite. En este caso, el adjudicatario sí ha presentado la declaración, pero no hay

acreditación documental; por el contrario, el documento presentado desmiente expresamente la declaración. Consecuentemente, la documentación presentada es incompleta y el requisito no puede darse por acreditado en la forma establecida por las bases de la licitación. (...) Las alegaciones de CANON pretenden hacer valer pruebas físicas que demostrarían que, con independencia del contenido de la ficha técnica del fabricante, cualquiera de las bandejas soporta gramajes superiores a los exigidos por el PPT sin que ello suponga incidencias en el funcionamiento de los equipos. Esta alegación no es aceptable por varios motivos: en primer lugar, supone sustituir el medio de prueba del cumplimiento del PPT expresamente previsto en los pliegos por otro distinto y no contemplado en las reglas de la licitación; en segundo lugar, no cabe aceptar la modificación de la oferta en un procedimiento abierto, y eso sería precisamente, y no una mera aclaración o subsanación, permitir la aportación “a posteriori” de información complementaria sobre el alcance técnico de la proposición (ver, por todas, la Resolución 141/2019 del OARC/KEAO y la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122).

Resolución 2017/2019

La recurrente considera que la aportación por la adjudicataria de un compromiso de depósito de garantía definitiva en la fase del procedimiento contradictorio para la justificación del valor anormalmente bajo supone una modificación de la oferta, lo que conllevaría su exclusión. Este motivo impugnatorio tampoco puede aceptarse, pues al no haber sido tomado en consideración dicho compromiso por el poder adjudicador no cabe hablar de modificación de la oferta; en este sentido, no consta que el acuerdo de adjudicación haga mención al respecto, ni que dicha adjudicación se haya efectuado o condicionado a parámetros distintos que los propios de la oferta. En todo caso, debe tenerse también en cuenta que la constitución voluntaria por el licitador de garantías adicionales a las legal o contractualmente previstas para afianzar sus obligaciones se halla al margen del procedimiento de adjudicación del contrato y, por tal razón, no requiere del consentimiento del poder adjudicador para su perfección y es una cuestión que pertenece al ámbito de sus criterios empresariales.

Resolución 210/2019

Consecuentemente, se puede afirmar que la presunción de acierto y legalidad de la que goza el informe de valoración, en el que consta que el producto adjudicatario del lote 5 cumple con la prescripción, circunstancia que se corrobora con la documentación técnica aportada en la oferta y en el informe de contestación al recurso al afirmar que la comisión técnica ha comprobado en la práctica clínica su cumplimiento, no ha sido desvirtuada por la recurrente. A este respecto, ha de tenerse presente que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar los argumentos y los medios probatorios que permitan acreditarlos (ver, en este sentido la Resolución 74/2018).

6.5.5. Plazo adicional para aportar un documento

Resolución 204/2019

A la vista de todo lo anterior, este OARC/KEAO entiende que la exclusión de la oferta es una decisión desproporcionada porque la omisión del documento debatido no impide la acreditación de la aptitud del licitador, ni la valoración de su oferta, ni supone dejar de demostrar el cumplimiento de una prescripción técnica cuya contravención haga inviable la proposición. Consecuentemente, la concesión de un plazo adicional para su aportación (que no para su elaboración) no altera el principio de igualdad de trato, pues no concede ventaja alguna al recurrente sobre los demás licitadores ni supone la reelaboración de la oferta y no añade nada a los aspectos que, según los pliegos y la propia aclaración del poder adjudicador, deben tenerse en cuenta para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Por lo tanto, este motivo de recurso debe estimarse.

6.5.6. Subsanación y aclaraciones fuera del procedimiento

Resolución 201/2019

El recurrente aporta un correo electrónico de fecha 24 de junio en el que una persona adscrita al poder adjudicador le solicita, “con la mayor brevedad posible”, la entrega de las tarifas en un formato legible y la aclaración de las tarifas indicadas en un archivo que se adjunta al correo. En respuesta a este requerimiento, AURTENETXEA presentó, en formato digital, documentación adicional a su proposición. Este trámite se ha producido completamente al margen del procedimiento establecido; sin entrar ahora a comprobar si se trata de meras aclaraciones o subsanaciones de errores o si, por el contrario, estamos ante una invitación a reelaborar la oferta (lo que no está permitido en un procedimiento abierto, según el artículo 156.1 de la LCSP), lo cierto es que solo la Mesa de Contratación puede acordar la solicitud de aclaraciones o subsanaciones (ver, por ejemplo, el artículo 9.2 a) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi), y no consta en el expediente que este órgano colegiado haya tomado decisión alguna al respecto. La consecuencia relevante para el caso analizado es que, dada la informalidad de la actuación, debe aplicarse el criterio general, que impide a la Mesa de Contratación hacerse cargo de ningún documento que no hubiese sido entregado durante el plazo de admisión de ofertas o que no hubiese solicitado en vía de subsanación (ver la cláusula general 14.2 del PCAP y, por ejemplo, el artículo 83.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas); por ello, no puede tenerse en cuenta el pen drive entregado por AURTENETXEA al que se refiere el recurso.

7. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

7.1. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

7.1.1. No es preciso aportar una justificación expresa del cumplimiento de todas las prescripciones de los pliegos.

Resolución 156/2019

Los apartados del PPT señalados en los números 1, 2, 3 y 5 detallan ciertos requerimientos técnicos que deberá cumplir la solución ofertada, pero no solicita al licitador la presentación de ninguna documentación específica que acredite que su propuesta los satisface. Consecuentemente, es aplicable la doctrina establecida por este Órgano, que señala que la falta de mención expresa en la oferta al acatamiento o satisfacción de una obligación o prescripción técnica no supone la exclusión de la misma por incumplimiento, dado que la presentación de la citada oferta ya implica el acatamiento incondicionado de los pliegos (ver el artículo 139.1 de la LCSP); solo podría ser de otro modo si la proposición contuviera elementos incompatibles con dicho cumplimiento, lo que no se alegado ni probado, o si se exigiera en los documentos contractuales que rigen la licitación una acreditación expresa al respecto y esta no se aportara, que tampoco es el caso (ver, por todas, la Resolución 60/2019 del OARC/KEAO). Además, debe indicarse que los apartados 4.1.1 y 4.1.2 se refieren claramente al “adjudicatario” como destinatario de las prescripciones que contienen, no al licitador, por lo que no pueden servir para reprochar a TELEFONICA defecto alguno en la elaboración de su proposición, sin perjuicio de que, en su caso, su incumplimiento pueda suponer al contratista las consecuencias legal y contractualmente previstas (penalizaciones, resolución del contrato, etc.).

7.1.2. Claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión

Resolución 21/2019

De acuerdo con lo señalado en ocasiones anteriores por este OARC/KEAO, las consecuencias de las deficiencias de la documentación aportada por los licitadores deben ponerse en conexión con la finalidad de su requerimiento, que en este caso es obtener la información que precisa el poder adjudicador para comparar y evaluar las ofertas conforme a los criterios de adjudicación; no se trata de la solicitud de un requisito de aptitud del contratista, ni de una prescripción técnica obligatoria. Por ello, en consecuencia con la citada finalidad, este OARC/KEAO estima que esta omisión o insuficiencia de la documentación necesaria para evaluar los criterios de adjudicación no sujetos a apreciación mediante fórmulas no puede suponer la

exclusión de la oferta sino, en su caso, una puntuación más baja o incluso nula en el criterio que se trata de acreditar, que es como acertadamente ha actuado el poder adjudicador. Sólo podría ser de otra manera si las deficiencias documentales de la proposición fueran de tal calibre que impidieran conocer su contenido o contrastar el cumplimiento de las prescripciones mínimas de los pliegos; sin embargo, tal situación no concurre en este caso en concreto por la finalidad del documento omitido, que no afecta a un aspecto de la ejecución de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2018).

Resolución 119/2019

Finalmente y como último argumento, este OARC/KEAO considera que una determinación del procedimiento de adjudicación cuya infracción puede suponer una consecuencia tan relevante como la exclusión de la proposición, debe estar claramente consignada en los pliegos de la licitación y, en virtud del principio de transparencia, ser suficientemente clara como para ser interpretada de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que no sucede en este caso (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07 y la Resolución 067/2014 del OARC/KEAO).

8. ADJUDICACIÓN

8.1. MOTIVACIÓN Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Resolución 209/2019

Por lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, debe señalarse que supone que el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado “núcleo material de la decisión” (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus “aledaños”, que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 117/2019 del OARC/KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el 10/12 OARC/KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 117/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

8.1.1. Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica.

Resolución 200/2019

No nos hallamos ante un criterio automático por lo que el evaluador no está obligado a seguir ninguna regla de proporcionalidad siempre que se justifique, como lo ha hecho en este caso, la razón a la que obedece la diferencia en la puntuación. Téngase en cuenta que siempre que la regla o sistema de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor no se haya expresado en los pliegos de la licitación los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin

modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (ver, en este sentido la Resolución 11/2019 del OARC/KEAO y la jurisprudencia del TJUE en ella citada).

8.1.2. Libertad formal de la motivación

Resolución 107/2019

Se reprocha que de la motivación del acto impugnado se desprende que se han utilizado subcriterios no previstos en los pliegos y que no se derivan de los criterios de adjudicación en ellos establecidos. Por el contrario, este Órgano estima que en el informe técnico no se ha aplicado subcriterio alguno, sino que simplemente ha hecho uso de la libertad formal que asiste al poder adjudicador para plasmar su motivación, eligiendo dividir su exposición en varios epígrafes. En este sentido, aunque los epígrafes del informe técnico no siempre llevan el mismo título o utilizan exactamente las mismas palabras que emplean los pliegos, es claro que se refieren a los mismos aspectos y que no se han valorado cuestiones que no figuran en la descripción de los criterios de adjudicación.

Resolución 201/2019

Sin embargo, también se deduce de la documentación de la que dispone este OARC/KEAO que la insuficiente motivación de la puntuación no ha impedido la interposición de un recurso fundado porque AURTENETXE ha accedido, aunque sea de manera extraprocesal e irregular, a la información relevante necesaria, por lo que dicha deficiencia no es un vicio invalidante (ver, por todas la Resolución 80/2019 del OARC/KEAO y el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común).

8.1.3. Motivación de la aplicación de los criterios con umbrales eliminatorios

Resolución 41/2019

En este caso concreto debe además tenerse en cuenta que los criterios de adjudicación discutidos son eliminatorios para todas las ofertas que no obtengan, al menos, 11 puntos. Dado que una puntuación inferior a esa cuantía supone la exclusión de la oferta sin que ni siquiera se valoren los criterios sujetos a fórmulas, la necesidad de que la discrecionalidad sea correctamente ejercida es especialmente importante, ya que el perjuicio derivado de una hipotética aplicación inadecuada en los criterios debatidos no podría, en su caso, ser compensado por la puntuación otorgada en otros criterios, de modo que el licitador perjudicado pudiera incluso llegar a obtener finalmente el contrato (ver la Resolución 88/2018 del OARC/KEAO).

8.1.4. Motivación “in aliunde”

Resolución 137/2019

El artículo 88.6 de la Ley 39/1995, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA) dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Este OARC/KEAO ha considerado que, en estos casos, el requisito de la motivación se satisface cuando el texto de dichos documentos acompaña a la notificación del acto impugnado, pues en caso contrario sería tanto como exonerar al poder adjudicador de su obligación de notificar y motivar correctamente imponiendo al interesado la carga de que acceda por otras vías a dicha información (ver, en este sentido, la Resolución 30/2015 del OARC/KEAO que si bien se refiere al artículo 89.5 de la derogada Ley 30/1992, y al artículo 151.4 del derogado TRLCSP, sus conclusiones son plenamente aplicables al caso por ser el contenido de ambos artículos igual).

8.2. OTRAS FORMAS DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

8.2.1. Desistimiento: razones de legalidad

Resolución 143/2019

En concreto, en relación con el desistimiento, que se halla regulado básicamente en los mismos términos que en el derogado TRLCSP, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad que se trata de una decisión por la que se pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato (Resolución 031/2013) y que cualquier apreciación sobre la validez del desistimiento debe partir de la verificación de la existencia de una norma jurídica infringida (Resolución 65/2018). A ello hay que añadir que se debe justificar en el expediente la concurrencia de la infracción alegada y que el acuerdo de desistimiento se ha de adoptar antes de la formalización del contrato, que es el momento de su perfección (artículo 36 de la LCSP).

(...)

En resumen, la fórmula que valora la oferta económica, que únicamente cabe aplicarla en sus propios términos, incumple el artículo 145.5.c) de la LCSP, pues no garantiza que todas las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva siendo, además, un error insubsanable, por lo que la decisión de desistir del procedimiento de adjudicación se ajusta a derecho.

Resolución 104/2019

En concreto, en relación con el desistimiento, que se halla regulado básicamente en los mismos términos que en el derogado TRLCSP, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad que se trata de una decisión por la que se pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato (Resolución 031/2013) y que cualquier apreciación sobre la validez del desistimiento debe partir de la verificación de la existencia de una norma jurídica infringida (Resolución 65/2018). A ello hay que añadir que se debe justificar en el expediente la concurrencia de la infracción alegada y que el acuerdo de desistimiento se ha de adoptar antes de la formalización del contrato, que es el momento en que se perfecciona el contrato (artículo 36 de la LCSP) y en el que, en consecuencia, el contrato obliga, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 del Código Civil).

Finalmente, cabe añadir que, a los efectos de apreciar si el acuerdo de desistimiento se ajusta a los requisitos solicitados por el artículo 152 de la LCSP, resulta indiferente que el órgano de contratación se haya percatado de la infracción jurídica que concurre en el contrato a raíz de las alegaciones de un licitador que ha resultado excluido porque lo relevante es que, una vez advertido el vicio en el que se ha incurrido y que este es insubsanable, se ha adoptado la decisión correcta antes de la formalización del contrato.

9. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

9.1. CUMPLIMIENTO Y EFECTOS

9.1.1 Incidente de ejecución respecto de una resolución del OARC incumplida

Resolución 73/2018

Analizado el acto impugnado, se observa que aplica el criterio de adjudicación debatido en los mismos términos que el acto anulado por la Resolución 34/2018, ignorando su contenido y eludiendo así el carácter directamente ejecutivo que le atribuye el artículo 49.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP). Consecuentemente, este OARC/KEAO entiende que debe anularse la adjudicación dictada por el órgano de contratación el día 13 de abril y cumplirse en sus propios términos la Resolución 34/2018. Debe recordarse, además, que la citada Resolución señala en su Fundamento jurídico décimo que la estimación del recurso no es una conclusión que pueda verse modificada ...por la circunstancia de que la aplicación de la fórmula arroje un resultado imposible, ya que su sustitución por cualquier otra, conocidas todas las ofertas, implicaría arbitrariedad por parte del poder adjudicador. No obstante, esta afirmación y la orden de retroacción de actuaciones impuesta por este Órgano, deben entenderse sin perjuicio de que dicho resultado imposible pudiera deberse a que la configuración del criterio de adjudicación es incompatible con el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un modo acorde con el interés público o a que dicho criterio está afectado por un vicio de legalidad insubsanable, en los términos descritos en los apartados 3 y 4, respectivamente, del artículo 155 del TRLCSPP.

Resolución 208/2019

(...) se estima que la verdadera naturaleza del escrito es la de plantear un incidente de ejecución en relación con las Resoluciones 98/2019 y 99/2019 de este OARC/KEAO, íntimamente ligadas entre sí, por lo que es aplicable el artículo 36.3 del RRMCC. Este precepto establece, como únicos trámites, que se dé traslado a los interesados del citado escrito y de la documentación que lo acompaña para que aleguen cuanto estimen oportuno en el plazo de diez días hábiles, tras los cuales se resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles. De acuerdo con lo señalado en el Antecedente de Hecho tercero, dichos trámites se pueden dar por cumplidos.

9.1.2. Cancelación de la licitación pero posibilidad de utilizar los

mismos pliegos en el nuevo procedimiento

Resolución 88/2018

Llegados a este punto, se observa que los juicios de valor emitidos en el informe técnico que sustenta el acto impugnado se refieren a puntos negativos de la oferta que se basan en cuestiones no contemplados en el PPT; en este sentido, se observa que el citado PPT no contiene mención alguna a aspectos como la ergonomía del producto, el montaje de los tubos, las características del envoltorio o a que el suero pase o no por las baterías. Por lo tanto, la valoración no se ha ajustado al fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación tal y como este se describe en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 122/2017 del OARC/KEAO), que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculando a los operadores económicos y a la Administración. Si a esto se le añade que la puntuación otorgada supone la eliminación del recurrente y que dicha exclusión se produce, además, por un margen estrechísimo (24 puntos cuando se necesitaban 25), este OARC/KEAO entiende que debe anularse el acto impugnado. Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, ésta debiera conllevar, en principio, la retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva evaluación del criterio debatido; sin embargo, tal solución no es posible porque la valoración de las ofertas ya no podría realizarse con la separación de la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor y los sujetos a aplicación mediante fórmulas que exige el artículo 150.2 del TRLCSP, por lo que debe cancelarse la licitación. No obstante, el momento al que se deben retrotraer las actuaciones no ha de ser forzosamente el de la redacción de los pliegos, pues ningún reproche a ellos ha efectuado el recurrente, pudiendo optar el órgano de contratación por redactar unos nuevos pliegos o por reiniciar un nuevo procedimiento de adjudicación con base en los mismos (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2018 del OARC/KEAO)

9.1.3. El OARC no puede establecer “a priori” un contenido determinado de los pliegos

Resolución 98/2018

En la pretensión del recurso se solicita que se proceda a la redacción de unos nuevos pliegos en los que se divida el contrato en lotes. Este OARC/KEAO no puede dar satisfacción a esta petición ya que como consecuencia de la declaración de invalidez de la totalidad de los pliegos, el órgano de contratación redactará unos nuevos en los que podrá configurar nuevamente el objeto del contrato. Consecuentemente, habrá de estarse a la estructura de la obligación plasmada en estos nuevos pliegos y a la motivación aportada en el expediente para justificar la división o no del contrato en lotes para concluir si tal decisión se halla dentro de los límites del ejercicio de una potestad discrecional.

9.1.4. Efectos de la anulación de los pliegos por no justificar la división

en lotes

Resolución 136/2018

El alcance y la importancia de las cláusulas que deben anularse implica la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación; en particular, la anulación de un criterio de adjudicación implica en todo caso la cancelación de la licitación (ver, por ejemplo, la resolución 104/2018 de este OARC/KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:651, asunto C-448/01). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la estimación del motivo recogido en la letra a) anterior (la no división en lotes del contrato) implica la anulación del apartado 1.3 de la carátula del PCAP, pero no impide que los pliegos de una hipotética nueva licitación contemplen, en su caso, la no división en lotes del objeto del contrato, siempre que ello esté debidamente motivado en razones que lo permitan.

Resolución 095/2019

(...) A la vista de todo lo anterior, los motivos de recurso estimados y los efectos de dicha estimación son los siguientes:

- 1) La falta de motivación de la no división de la prestación en lotes conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación por afectar a un elemento esencial del contrato; no obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano emita, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento sobre la misma prestación a la vista de la motivación que se aporte en los términos legalmente previstos. Análoga observación debe hacerse sobre la estimación del motivo referido a la insuficiencia del precio contractual. (...)

9.1.5. Cancelación de la licitación pero no de los pliegos

Resolución 138/2018

El alcance y la importancia que tiene la información omitida en la elaboración de la oferta obliga a la estimación parcial del recurso y, por consiguiente, a la cancelación de la licitación (no así de los pliegos) al objeto de que se proceda a una nueva licitación en la que figure la información sobre el número estimado de servicios a solicitar en la documentación contractual.

9.1.6. Efectos de la resolución limitados por el principio de congruencia

Resolución 158/2018

Una vez desestimada la pretensión que tiene por objeto cancelar la licitación por no observarse el supuesto de hecho que pueda dar lugar a un “recurso indirecto” contra los pliegos y desestimada la pretensión de acceder a la oferta del adjudicatario impugnado por disponer el recurrente de toda la información precisa y hallarse el recurso sustentado en derecho, no procede entrar a examinar la adecuación de la valoración de la oferta a los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, pues ello implicaría el tener que emitir una resolución fuera de los límites de las pretensiones formuladas por el recurrente.

9.1.7. Retroacción posible por ser afectar a criterios automáticos

Resolución 039/2019

A la vista de las dos letras anteriores, se debe desestimar la pretensión de que la oferta de la adjudicataria sea excluida del procedimiento y se debe admitir la pretensión de que se declare la nulidad de la exclusión del recurrente, lo cual conlleva la anulación de la adjudicación y, habida cuenta de que todos los criterios de adjudicación se sujetan a fórmula, la retroacción del expediente al objeto de que se admita en el procedimiento de adjudicación la oferta del recurrente para que se proceda a su valoración y la posterior adjudicación a la oferta que resulte más ventajosa.

Resolución 066/2019

Expuesto todo lo anterior, debe estimarse la pretensión de anulación de la adjudicación en favor de GUEDAN, con retroacción de las actuaciones para la valoración del certificado de calidad lingüística aportado por EMTESPORT, ya que la modificación irregular del criterio de adjudicación no puede ser opuesta a la recurrente. Asimismo, satisfecha en parte la pretensión principal de la recurrente, se hace innecesario pronunciarse sobre la subsidiaria. En el supuesto que nos ocupa la retroacción es posible porque nos hallamos ante un criterio de adjudicación de apreciación automática.

9.1.8. Retroacción de actuaciones para emitir una motivación adecuada

Resolución 111/2019

A la vista de todo lo anterior, este Órgano considera que la atribución de puntuaciones carece de una motivación suficiente. Debe tenerse en cuenta que, al contrario de lo que se hace con las ofertas de AUSOLAN y EUREST, no se explican los motivos que han llevado al evaluador a otorgar la puntuación a la oferta de la recurrente en cada uno de los criterios, al margen de la escueta motivación consistente en decir que la empresa no facilitó la visita a la cocina central señalada en la oferta por lo que no se ha podido valorar. Por otro lado, debe señalarse que el hecho de que no se haya facilitado la visita a la cocina central no puede penalizar en todos los criterios de adjudicación cuando la mayor parte de la prestación del objeto del contrato debe realizarse en las instalaciones del hospital de referencia de la OSI Barakaldo-Sestao (Hospital San Eloy) y la cocina central está destinada para satisfacer otras necesidades como emergencias o dietas especiales. Siendo esto así, la actuación del órgano de contratación no da razón del proceso lógico seguido para adoptar la decisión, impide el conocimiento de las razones que fundamentan la aplicación de los criterios de adjudicación y no ofrece ninguna indicación útil para interponer un recurso fundado contra la exclusión. Consecuentemente, debe estimarse este motivo de recurso, con los efectos que se señalan en la letra c) siguiente.

c) Conclusión

Por todo ello, procede anular el acto impugnado y ordenar el dictado de una nueva resolución de adjudicación adecuadamente motivada; debe tenerse en cuenta que la retroacción no implica una nueva valoración, sino únicamente la expresión motivada de la que ya se ha debido realizar y que ha concluido con la exclusión del recurrente por obtener tan solo 3 puntos.

9.1.9. Retroacción para motivar en forma

Resolución 199/2019

(...)

- 2) El primer conocimiento que tiene CESPAN de que el poder adjudicador rechaza su justificación de la viabilidad de su oferta es cuando se le notifica la adjudicación, que se dicta en favor de una empresa distinta; la única mención es la expresión “Baja desproporcionada” junto al importe de su oferta económica. No consta ninguna motivación o explicación al respecto, ni hay ninguna mención o referencia al informe de 5 de julio o a cualquier otro que pudiera servir para fundamentar el acto impugnado (artículo 88.6 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común); tampoco se adjunta ningún informe de este tipo en la notificación de la adjudicación remitida al recurrente. Finalmente, no consta (ni CABB lo alega) que el recurrente haya accedido al citado informe o lo haya conocido por cualquier otro medio.

- 3) A la vista de los puntos 1) y 2) anteriores, es claro que CABB ha incumplido los artículos 149 y 151.2 de la LCSP, que exigen, entre otros requisitos, que la notificación del acto impugnado incluya los motivos por los que se rechaza la oferta del recurrente de modo que, en todo caso, el interesado pueda interponer un recurso suficientemente fundado. Consecuentemente, debe retrotraerse el procedimiento para que se practique una nueva notificación que satisfaga todos los requisitos legales a fin de que, si lo estima oportuno, CESPА interponga el correspondiente recurso
- 4) Debe señalarse que las explicaciones dadas por el poder adjudicador, basadas en el informe del 5 de julio, son, a los efectos de esta Resolución, extemporáneas, y no pueden sustituir a la motivación que debió constar en el acto impugnado y en su notificación, principalmente porque no sirven para la función de facilitar la información necesaria para, en su caso, interponer un recurso debidamente fundado (ver, por ejemplo, las Resoluciones 100/2015 y 53/2018 del OARC/KEAO).

9.1.10. Efecto de la resolución: se obtiene la declaración de desierto, que mejora la posición del recurrente excluido

Resolución 200/2019

Si bien se aprecia desviación en la motivación del criterio de adjudicación Disponibilidad de equipos automáticos con distintas capacidades según el volumen transfusional, la estimación de este argumento impugnatorio no conlleva la admisión de la oferta de la licitadora al procedimiento de adjudicación, pues ello conllevaría en el mejor de los casos a la atribución de un punto adicional (que es la petición de la recurrente) sin que, aun así, llegara al umbral mínimo exigido en los pliegos para permanecer en el procedimiento. A este respecto, este OARC/KEAO en sus Resoluciones 028/2012 y 008/2014 ya manifestó que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último permanecería siendo el mismo. En consecuencia, el recurso debe ser estimado parcialmente ya que, si bien se desestima la pretensión de la recurrente de que se anule la exclusión de su oferta, debe ser estimada la pretensión de que la oferta de GRIFOLS sea excluida por haber incorporado información a evaluar conforme a fórmulas en el sobre al que se debe incorporar la valorable conforme a juicios de valor. Esta conclusión es congruente con la pretensión, pues conlleva la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación y la probable convocatoria de una nueva licitación a la que ORTHO podría presentar una nueva proposición.

9.1.11. Aplicación moderada de la nulidad

Resolución 007/2019

La adjudicación se halla suficientemente motivada si bien se aprecia desviación en la motivación del criterio de adjudicación Coordinación con las obras por valorarse un aspecto

de la oferta de STONEX (un acuerdo de colaboración con una empresa local) que carece de relación con tal criterio de adjudicación. No obstante, la estimación de este argumento impugnatorio no conlleva la anulación de la adjudicación pues ésta permanece inalterable en todo caso. Téngase en cuenta que el recurrente continúa excluido del procedimiento de adjudicación, a diferencia de STONEX, la cual continuaría en el procedimiento aunque se valorara con 0 puntos su oferta en el criterio de adjudicación Coordinación con las obras, ya que la valoración total de su oferta en los criterios sujetos a un juicio sería de 27,50 puntos, superior al umbral mínimo de 20 puntos establecido en los pliegos de la licitación. Este OARC/KEAO en sus Resoluciones 028/2012 y 008/2014 ya manifestó que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último permanecería siendo el mismo, pues como dice el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97 «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado». En consecuencia, debe desestimarse la pretensión del recurrente de anulación de la exclusión y retroacción de las actuaciones hasta la emisión de un nuevo informe de valoración o subsidiariamente la de la anulación de los pliegos de la licitación.

9.2. OTRAS FORMAS DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSO

9.2.1. Efecto del informe del poder adjudicador que admite la pretensión

Resolución 071/2019

La Administración reconoce expresamente en su informe de respuesta la viabilidad del motivo del recurso. El efecto jurídico de este reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosoadministrativa, que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa no consta en el expediente que se haya adoptado el citado acuerdo, por lo que la declaración del poder adjudicador tiene la consideración de una alegación más de las que este Órgano debe tener en cuenta para la resolución del recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 162/2018 del OARC/KEAO).

Resolución 122/2019

Con carácter previo al estudio del motivo de recurso esgrimido por la recurrente, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, que implican un reconocimiento de los argumentos de la recurrente. El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa, quien propone el allanamiento es el Director Gerente de la OSI Bilbao-Basurto, si bien el documento viene firmado por la Directora EconómicoFinanciera en virtud de la Resolución Nº 1547/2017, de la Dirección Gerencia delegando la firma. No obstante, esta delegación únicamente lo es respecto de las funciones que en materia económico-financiera vienen atribuidas a la Dirección Gerencia, entre las que no pueden considerarse comprendidas las de acordar el allanamiento en procedimientos de recurso como el presente. Consecuentemente, el informe del poder adjudicador tiene la consideración de una alegación más de las que este Órgano debe tener en cuenta para la resolución del recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 162/2018 del OARC/KEAO)

9.2.2. Procedimiento concluso por desistimiento del recurrente

Resolución 073/2019

La LCSP no prevé de modo expreso el desistimiento del recurrente como medio de terminación del procedimiento del recurso especial, por lo que ha de estarse a la regulación que sobre tal materia contiene el artículo 56.1 de dicha Ley, el cual dispone que El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.

El artículo 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (en adelante, LPAC) establece que Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad.

Por su parte, en lo que respecta al desistimiento, los apartados 4 y 5 del artículo 94 de la LPAC establecen que la Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento y que si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá

el procedimiento.

El recurrente ha desistido de continuar con el recurso, sin que se hayan personado terceros interesados ni se aprecie la concurrencia de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación, con lo que este Órgano entiende que procede admitir el desistimiento y declarar concluso el procedimiento.

9.2.3. Efectos de la no subsanación de la acreditación de la representación

Resolución 079/2019

El artículo 51.1 a) de la LCSP dispone que al escrito de interposición del recurso se acompañará 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.

Examinado el recurso presentado ante este OARC/KEAO, y constatado que no obraba el documento que acreditara la representación de don M.L.A. para interponer recursos en nombre de la mercantil recurrente, se requirió la acreditación de dicho extremo mediante una notificación telemática de fecha 25 de marzo.

El artículo 51.2 de la LCSP establece que Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Transcurrido ampliamente el plazo de 3 días hábiles desde la práctica de la citada notificación sin que se haya satisfecho el requerimiento efectuado desde este OARC/KEAO, procede tener por desistido al recurrente de su petición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP.

9.3. TEMERIDAD O MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

9.3.1. No procede

Resolución 102/2018

BRAUN solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque no queda acreditada en el expediente voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

Resolución 178/2018

El Ayuntamiento de Sopuerta solicita la imposición de multa a la recurrente por temeridad o mala fe en la interposición del recurso. Este órgano resolutorio ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP aplicable al contrato que nos ocupa) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa este OARC/KEAO considera que no procede la imposición de la sanción porque, en lo que al primero de los presupuestos mencionados se refiere se observa que el recurso está suficientemente argumentado, tanto en lo conveniente a la utilización de la vía del recurso especial como en lo concerniente a la oposición a la exclusión de su oferta; además, téngase en cuenta que, en cualquier caso, el procedimiento se hubiera suspendido porque sobre el mismo acto impugnado existe otro recurso de otro licitador que igualmente ha supuesto la suspensión, y en lo que al segundo se refiere, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación, pues el acatamiento a los pliegos, en los que consta expresamente que no procede el recurso especial, no puede significar la imposición de una sanción por la utilización de las vías de recurso que el interesado considera que son las procedentes, aunque luego no lo sean.

Resolución 64/2019

ENVISER solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP

(similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque la demora en el procedimiento viene determinada ope legis al ser el acto recurrido el de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP) y no ha quedado acreditada en el expediente la voluntad intencionada de retrasar el procedimiento de adjudicación.

Resolución 94/2019

No se observa mala fe o temeridad en el curso porque, aunque el recurso sea desestimado, no carece de argumentos jurídicos; por otro lado, tampoco se observa ánimo dilatorio, habida cuenta de que no se ha solicitado la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Resolución 146/2019

A juicio de este Órgano, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP; aunque el recurso vaya a ser desestimado, no carece de una argumentación jurídica, sin que la mala fe pueda deducirse únicamente del hecho de que el recurrente es el anterior prestador del servicio.

9.3.2. Procede

Resolución 077/2019

El poder adjudicador solicita la interposición de una multa por mala fe en vista de que se está haciendo un uso abusivo del sistema de recursos previsto en la LCSP, ya que la única razón de su interposición es la suspensión automática de la adjudicación del contrato y seguir así prestando el servicio (al ser el recurrente el actual prestador del mismo) mientras se sustancia dicho recurso.

Al respecto, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

Dada la ausencia de controversia jurídica o técnica en el escrito de recurso y que los hechos alegados son inexistentes a la vista de la documentación que consta en el expediente, se deduce que en el presente supuesto concurren los presupuestos necesarios para considerar que con la interposición del recurso el recurrente actúa de mala fe y de forma temeraria. El acceso a los procedimientos de revisión de los procedimientos de adjudicación de los

contratos públicos se debe realizar desde la responsabilidad y cuando realmente se aprecie una lesión en los intereses del recurrente como consecuencia de una vulneración de la normativa aplicable. Se considera un abuso el acudir a un procedimiento de revisión especial basándose en meras sospechas fácilmente verificables y constatables, como hubiera sido la solicitud de vista del expediente (artículo 52 de la LCSP) con el fin de confirmar o descartar la existencia de la documentación cuya no tenencia se impugna. Por ello, considera este Órgano que el recurso se presenta con temeridad y mala fe y con el único objetivo aparente de retrasar la formalización del contrato dado que la recurrente es la actual prestadora del servicio. En definitiva, se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para otros fines, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario, a la entidad contratante y hasta los propios usuarios de este servicio de transporte escolar, es decir, al interés general igualmente digno de tutela

Resolución 106/2019

La adjudicataria impugnada solicita la interposición de una multa por temeridad y mala fe en vista de que se está haciendo un uso abusivo del sistema de recursos previsto en la LCSP, ya que el recurso carece de fundamentación jurídica. Al respecto, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP (similar en lo sustancial al artículo 47.5 del TRLCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiéndose que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa se aprecia que el recurso carece de argumentos impugnatorios (al margen de un recurso frente a los pliegos totalmente extemporáneo) al aceptar que la oferta presentada supera el tipo de licitación, cuando todo operador económico que opera normalmente en el mercado de la compra pública es conocedor de que esta circunstancia acarrea inevitablemente la exclusión de su oferta. En definitiva, se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para fines distintos de los que le son propios, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario, a la entidad contratante y hasta los propios usuarios de este servicio (los ciudadanos), es decir, al interés general, igualmente digno de tutela. Consecuentemente, se acuerda imponer una sanción, en su grado mínimo, de 1.000 euros de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la LCSP, por no haberse acreditado que se hayan producido otros perjuicios al margen de los derivados de la propia existencia de este procedimiento.

9.4. PÉRDIDA DEL OBJETO DEL RECURSO

9.4.1. Satisfacción extraprocesal de la pretensión

Resolución 59/2018

A juicio de este OARC/KEAO, la rectificación del PPT publicada por el órgano de contratación en el perfil de contratante del poder adjudicador, satisface la pretensión del recurso, ya que incluye el número de horas al que se refiere ELA. En este sentido, si bien la nueva cifra es la de 12.309,87 horas y el recurso habla de 12.338,06, ello parece deberse a un error en la suma en este último escrito, ya que se especifica que a las 10.338,06 horas inicialmente consignadas en el PPT deben añadirse 1.971,81 horas, operación de la que, en realidad, resultan las 12.309,87 horas que señala la citada rectificación. Consecuentemente, el procedimiento para la resolución del recurso carece ya de objeto. De acuerdo con el artículo 84.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, producirá la terminación del mismo la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. Por todo ello, debe declararse concluso el procedimiento.

9.4.2. Desistimiento del procedimiento de adjudicación por el poder adjudicador

Resolución 90/2018

El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA), aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el presente caso, el desistimiento de la adjudicación (artículo 152.4 LCSP) deja sin objeto la pretensión del recurrente, dado que este Órgano nada tendría que anular en el hipotético caso de estimar el recurso que consiste precisamente en una pretensión de anulación, por lo que debe declararse la finalización del procedimiento de recurso especial.

9.4.3. La declaración de desierto deja sin objeto el procedimiento

Resolución 29/2019

El artículo 84.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

las Administraciones Públicas, aplicable al procedimiento de recurso especial según el artículo 56.1 de la LCSP, establece que producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En el presente caso, la declaración de desierto de la licitación deja sin objeto la pretensión del recurrente, dado que ésta consiste en la declaración de nulidad o anulación de unos pliegos que en ningún caso van a tener ya efecto jurídico alguno que afecte a los intereses defendidos por CCOO, como tampoco lo tendría ya una hipotética estimación de la impugnación. Consecuentemente, el procedimiento de recurso debe darse por concluido. No obstante, en el caso de que el poder adjudicador opte por un nuevo procedimiento de adjudicación cuyos pliegos reprodujeran el contenido ahora impugnado, CCOO podría reiterar su pretensión y el Ayuntamiento no podría oponer válidamente la excepción de acto firme (la denominada “cosa juzgada administrativa”; ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC/KEAO 129/2014 y 137/2015) por no haberse entrado a analizar en la presente Resolución el fondo de las cuestiones planteadas por el recurso.

10. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES

10.1. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES

10.1.1. Obligación de notificar la exclusión decretada por la mesa de contratación

Resolución 78/2018

Finalmente, debe añadirse que el artículo 42.2 b) del TRLCSP es claro en considerar susceptible de recurso especial un acto de la Mesa por el que se acuerda la exclusión de un licitador, y es igualmente claro que el acto recurrido, como se deduce de su literalidad (“Quedan excluidas...”) y de sus efectos (la no apertura del sobre referido a los criterios evaluables mediante fórmula), adopta precisamente dicha decisión y no es una mera propuesta al órgano de contratación. Consecuentemente, no cabe que el poder adjudicador pretenda negar la existencia del deber de motivar y notificar adecuadamente dicho acto, o dilatar su cumplimiento hasta la resolución de la adjudicación que contenga o confirme la exclusión (art. 151.4.b) del TRLCSP), pues ello sería tanto como negar la posibilidad efectiva, legalmente establecida, de recurrir autónomamente la exclusión acordada por la Mesa, vaciando así de contenido el artículo 42.2 b) del TRLCSP. Lo anterior no quita para que el interesado en atacar la exclusión pueda optar por demorar su recurso hasta la adjudicación que la confirma si, como es el caso, la Mesa no le ha ofrecido en forma y fondo correctos el recurso especial contra su decisión.

10.1.2. Debe practicarse conforme a la DA 15ª de la LCSP

Resolución 54/2019

Tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada alegan la extemporaneidad del recurso. A juicio de este Órgano, la alegación no puede aceptarse. Según consta en el expediente, la notificación se realizó por correo ordinario, mediante entrega por un operador postal. Según el artículo 50.1 d) de la LCSP, Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. Por su parte, el apartado 1 de la citada disposición adicional establece que Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica, añadiéndose que Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde

la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado. A la vista de todo ello, la notificación no se ha efectuado de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto, por lo que en ningún caso puede producir el efecto de marcar el inicio del cómputo del plazo para recurrir. En este sentido, es irrelevante que el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establezca que la notificación de la adjudicación (...) se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario (...), dado que los pliegos no pueden disponer válidamente sobre cuestiones procedimentales como el sistema de cómputo de los plazos de impugnación. Consecuentemente, el recurso debe considerarse interpuesto en plazo cualquiera que sea el momento en el que se interponga.

10.1.3. La publicación del informe de valoración no equivale a su notificación

Resolución 137/2019

En el procedimiento que nos ocupa, el acuerdo de adjudicación manifiesta en su antecedente séptimo que el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor (de fecha 27 de marzo de 2019) se adjunta como anexo y expone la puntuación obtenida en cada uno de los tres criterios de adjudicación. Por su parte, el antecedente noveno se refiere a un *informe final* (de fecha 1 de abril de 2019) y relaciona, por cada uno de los licitadores admitidos, la puntuación global obtenida en los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor y en los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas.

El artículo 88.6 de la Ley 39/1995, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA) dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Este OARC/KEAO ha considerado que, en estos casos, el requisito de la motivación se satisface cuando el texto de dichos documentos acompaña a la notificación del acto impugnado, pues en caso contrario sería tanto como exonerar al poder adjudicador de su obligación de notificar y motivar correctamente imponiendo al interesado la carga de que acceda por otras vías a dicha información (ver, en este sentido, la Resolución 30/2015 del OARC/KEAO que si bien se refiere al artículo 89.5 de la derogada Ley 30/1992, y al artículo 151.4 del derogado TRLCSP, sus conclusiones son plenamente aplicables al caso por ser el contenido de ambos artículos igual).

De la documentación aportada en el expediente (documento número 25) se observa que, con fecha 14 de mayo de 2019, se pusieron a disposición de la recurrente en la sede electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi la resolución de adjudicación y el denominado Informe técnico en el que se valoran las ofertas conforme a los criterios de adjudicación que dependen de juicios de valor al que se remite el antecedente séptimo del acuerdo de adjudicación por lo que, en lo que se refiere a los criterios subjetivos, se satisface

el requisito de la motivación. Sin embargo, no consta que se pusiera a disposición de los licitadores en la sede electrónica junto con la notificación de la adjudicación el *Informe final* de 1 de abril, en el que figura la evaluación de las ofertas conforme a las fórmulas establecidas en el PCAP. Respecto a estos criterios, que se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 61/2019) que para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de un criterio de adjudicación de evaluación automática es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente. En el supuesto que nos ocupa, en el acuerdo de adjudicación ni siquiera figura la ponderación desglosada por cada uno de los dos criterios de adjudicación automáticos. No obstante, en lo que respecta al criterio de adjudicación Oferta económica, al constar en el acuerdo de adjudicación el elemento necesario para verificar la aplicación correcta o errónea del citado criterio, que es la cifra ofertada por la adjudicataria (el recurrente conoce la suya), se puede deducir de una manera relativamente sencilla la puntuación obtenida. Sin embargo, no se puede decir lo mismo del criterio de adjudicación Cualificación y experiencia del equipo humano asignado al proyecto, pues la decisión de adjudicación no incorpora ninguno de los elementos a evaluar por la fórmula, ni la mera publicación del informe en el perfil de contratante cumple con el requisito de la notificación. Téngase en cuenta que la motivación de la adjudicación y su notificación son obligaciones del poder adjudicador que han de ser debidamente cumplidas por éste.

11. OTRAS CUESTIONES

11.1. OTRAS CUESTIONES

11.1.1. Transitoriedad entre el TRLCSP y la LCSP

Resolución 70/2018

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 30 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 28 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 y siguientes de la LCSP.

11.1.2. Inaplicación a una Junta de Concertación de la Ley de Sociedades de Capital

Resolución 85/2018

La Ley de Sociedades de Capital, que es de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, no resulta de aplicación a la Junta de concertación, pues se trata de una entidad que goza de naturaleza administrativa (art. 163.1 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo).

11.1.3. El pago de los servicios efectivamente prestados no supone subsanar los vicios de legalidad de la relación jurídica con el proveedor

Resolución 94/2018

El recurrente alega que la Administración ha infringido el principio de confianza legítima porque el acto impugnado es contrario a la apariencia jurídica creada por dos hechos: el inicio de la ejecución del contrato previa solicitud verbal de la Administración sin que el contrato se haya formalizado y con conformidad a las correspondientes facturas, y los trámites ante las Diputaciones Forales para obtener la preceptiva autorización:

— por lo que se refiere al primero, debe ser bien sabido por el recurrente (contratista habitual del sector público) que la ejecución de un contrato no puede iniciarse, salvo emergencia, antes de la formalización (artículo 156.5 del TRLCSP), y que no cabe la contratación verbal (artículo 28.1 del TRLCSP). Si, a pesar de ello, accedió a prestar el servicio, no puede alegar mala fe de la Administración pues, en todo caso, de existir esta, estaría compensada por la suya, que no dudó en aceptar el encargo a pesar de conocer su manifiesta irregularidad; en este sentido, no cabe alegar que la actuación propia está amparada por la confianza legítima que genera una situación de hecho sin ninguna apariencia de legalidad y de la que, además, el propio recurrente es cómplice. Además, tampoco parece que la supuesta confianza legítima alegada llegue hasta el extremo de hacer pensar que la Administración ha aceptado el cambio de vehículo. Finalmente, que se hayan conformado las facturas solo significa que se reconoce que se corresponden con servicios efectivamente prestados, y que deben abonarse para no provocar el enriquecimiento injusto del poder adjudicador, sin que ello implique ningún tipo de pronunciamiento sobre la legalidad de la relación con el proveedor, ni mucho menos la subsanación o convalidación de los vicios jurídicos en los que incurre un contrato verbal.

— en sentido análogo, ninguna apariencia que pueda invocarse supone la tramitación de la autorización ante la Diputación Foral, pues para nada equivale a la formalización del contrato ni mucho menos al permiso para cambiar el vehículo.

11.1.4. Concepto de “empresa social”

Resolución 129/2018

A juicio de este OARC/KEAO, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no establece un

mandato claro e incondicionado¹¹, se trata de una posibilidad de transposición (“podrá”) que el estado miembro puede o no ejercer, de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (que supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos capacitados con independencia de su forma o características legales u organizativas) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta. Con más razón, una vez tomada la opción de transposición, el legislador goza de un margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar en el derecho interno lo que se entenderá por “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas”. La existencia de dicho amplio margen descarta que nos hallemos ante un mandato preciso, claro e incondicionado merecedor de efecto directo.

También ha de descartarse que la transposición haya sido incorrecta por traspasar los límites del margen de actuación que ampara al estado miembro en esta tarea, sea por no respetar el núcleo necesario del precepto, indisponible por ese margen, o por elaborar una incorporación fraudulenta por contraria a la intención de la Directiva (por ejemplo, mediante su transposición parcial, incompleta o selectiva). En particular, este Órgano estima que la incorporación del concepto “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas” efectuada por la LCSP es plenamente respetuosa con la Directiva. En síntesis, el legislador nacional ha querido que en ese término se incluyan solo los Centros Especiales de Empleo que se caractericen por (i) ser promovidos y participados en más de un 50 por ciento por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos y (ii) obligarse a la reinversión íntegra de sus beneficios en favor de las personas discapacitadas, bien sea en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

Esta incorporación de la Directiva, ciertamente no la única posible, no es, sin embargo jurídicamente reprochable. Es difícil negar que el hecho de que una entidad promovida por otras sin ánimo de lucro y que se obliga a reinvertir todos sus beneficios en la finalidad social que le es propia (lo que, en negativo implica, por ejemplo, un compromiso de no repartir dividendos entre los titulares de su capital social) tiene rasgos que la diferencian significativamente de otras entidades que no las cumplen (aunque sean Centros Especiales de Empleo) y que justifican el diferente tratamiento legislativo; indudablemente, tales rasgos son un baremo perfectamente aceptable para determinar si se satisface o no el requisito de la Directiva de tener como principal objetivo la integración social y profesional.

También debe tenerse en cuenta que el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos, se refiere expresamente a “empresas sociales”. Este concepto carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales, y las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros le han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento

¹¹ En este sentido se manifiestan los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”.

social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión. Como puede comprobarse, se trata de una definición similar a la que la LCSP hace de los Centros beneficiarios de la reserva que se debate.

Por todo ello, no cabe entender que el artículo 20.1 goza del efecto directo que invoca el recurrente, que entiende que dicho precepto establece que deben incluirse necesariamente en el ámbito de la norma de transposición las empresas de inserción de iniciativa empresarial.

11.1.5. Concepto de “Programas de empleo protegido”

Resolución 035/2019

(...) la afirmación de INTEGRA de que su oferta puede acogerse al inciso programas de empleo protegido no se ajusta a lo dispuesto en esta materia en la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP. Sin perjuicio de la poca claridad del término que, como sucede en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP utiliza pero cuyo significado no se explica ni en ella ni (a diferencia de lo que sucede con los CEE) en la legislación sectorial, lo cierto es que la palabra programa evoca la existencia de un instrumento jurídico previo (disposición general o, al menos, acto plural) que delimite los términos y condiciones cuyo cumplimiento permitirá reconocer sucesivas actuaciones singulares como amparadas en dicho programa, con las consecuencias legales que ello implica. Así, la citada Disposición habla de la normativa de referencia de los programas. En este caso, es significativo que los pliegos no contengan mención a programas concretos ni a normativa alguna que los determine, y que ni INTEGRA ni el poder adjudicador aportan en sus alegaciones información al respecto.

11.1.6. Modificaciones previstas

Resolución 152/2018

Se impugnan por ser contrarios al artículo 204 de la LCSP el apartado II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE que establece un porcentaje de modificación del 25 % del presupuesto del contrato y la cláusula específica 16 del PCAP que no especifica el alcance, límites y naturaleza de la modificación así como tampoco las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma con referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva.

El análisis de la cuestión planteada debe partir del contenido del epígrafe del anuncio de licitación impugnado así como de las correspondientes estipulaciones del contrato:

Epígrafe II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE

II.2.11. Información sobre las opciones

Opciones: sí

Descripción de las opciones:

Se prevé una ampliación de hasta el 25 % del presupuesto de contrato para cada uno de los lotes objeto del contrato destinada a los nuevos equipos adquiridos por Osakidetza durante la ejecución del contrato y no contemplados en los inventarios adjuntos en el pliego de bases técnicas. En este caso, el coste derivado de dichos equipos será del mismo valor que el de equipos iguales o semejantes ya contratados, previo acuerdo con la empresa adjudicataria.

El apartado 16 de las cláusulas específicas del PCAP dispone lo siguiente:

16. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Posibilidad de modificación del contrato: Sí

Por su parte, la cláusula 33 de las condiciones generales del PCAP dice lo siguiente:

33.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

33.1.- Condiciones.

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá modificarlo, por razones de interés público, en los supuestos previstos en la cláusula 16 de cláusulas específicas del contrato y en el art. 205 LCSP.

Se consideran razones de interés público las que tienen la finalidad de lograr el objetivo de estabilidad presupuestaria que se lleven a cabo durante el ejercicio presupuestario correspondiente.

Se observa que no consta la misma información en los diversos documentos contractuales, si bien la que figura es complementaria. Así, la cláusula 33 de las condiciones generales del PCAP, que contiene una información estandarizada sobre las posibilidades de modificar el contrato, en lo referente a las condiciones en las que se puede optar a la modificación, se remite al apartado 16 de las cláusulas específicas del contrato, que únicamente contiene la información de que es posible modificar el contrato. Todo ello se debe completar con la información del epígrafe II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE, que expresa los supuestos en los que procederá la modificación y el límite de su importe, el cual debe considerarse un auténtico documento contractual, pues además de cumplir con las funciones

de procurar la máxima concurrencia y dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, contiene los términos que han de regir el contrato y el procedimiento para su adjudicación (ver, en este sentido la Resolución 8/2016 de este OARC/KEAO),

Este OARC/KEAO considera que, en términos generales, la información contenida en el anuncio del DOUE satisface los requerimientos del artículo 204 de la LCSP. En concreto, se observa que está formulada de forma clara, precisa e inequívoca, en cuanto a su contenido, se prevé la modificación respecto a los nuevos equipos adquiridos durante la ejecución del contrato y que el coste derivado de los mismos se realizará de forma contradictoria, tomando como base el coste derivado de equipos iguales o semejantes.

Ahora bien, el citado anuncio del DOUE conculca el contenido del artículo 204 de la LCSP en dos aspectos; el primero, en lo referente al porcentaje máximo de la modificación prevista, ya que el límite marcado por el precepto legal es del 20 por ciento, no del 25 por ciento, y el segundo, en lo referido a la base respecto de la que se calcula dicho porcentaje, que debe ser el precio inicial y no el presupuesto de contrato, que es una expresión que conecta con la de presupuesto base de licitación, definido en el artículo 100 de la LCSP como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario y que, según expresamente se manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP, se trata de un concepto diferente al del precio del contrato, definido en el artículo 102 de la LCSP como el precio que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado, entendiéndose incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente. No puede aceptarse la alegación del poder adjudicador de que se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 203 de la LCSP, respetándose así el porcentaje del 20 por ciento sobre el precio inicial del contrato, por dos razones; la primera, que la ilegalidad es clara y el eventual cumplimiento de los límites impuestos por el citado precepto no puede quedar a expensas de una hipotética actuación futura del órgano de contratación durante la ejecución del contrato y, la segunda, porque se infringe el principio de transparencia, que implica que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que no se modifiquen durante todo el procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016, de este OARC/KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita) si la información facilitada a los eventuales licitadores y contenida en el valor estimado del contrato, además de no ajustarse a los requerimientos del artículo 204 de la LCSP, no concordara con los límites que el poder adjudicador dice que efectivamente va a respetar durante la ejecución del contrato.

Además del incumplimiento en cuanto a los límites permitidos de la modificación prevista, se incumple el mandato de que la previsión de la modificación se incluya en el PCAP, tal y como ordena el artículo 204 de la LCSP, a diferencia de la regulación que obraba en el derogado TRLCSP, cuyo artículo 106 permitía que la regulación de una eventual modificación del contrato constara indistintamente tanto en los pliegos como en el anuncio de licitación.

11.1.7. Pago de una tasa como requisito de admisión de la oferta

Resolución 181/2018

La recurrente pone en duda la adecuación a la legislación de contratos del pago de la tasa por la presentación de los proyectos. Este Órgano, siguiendo la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 844/2014, ha de comenzar señalando que sus atribuciones se circunscriben, sola y exclusivamente, a controlar la legalidad de los actos enumerados en el artículo 44.2 de la LCSP. Con ello se quiere manifestar que no puede enjuiciar cualesquiera otros actos administrativos, aunque provengan de la misma Administración licitadora y guarden relación con el propio procedimiento de licitación. Únicamente tendría la facultad de revisar la exigencia de la tasa por presentación de las proposiciones que se contempla en el Pliego si ésta no se ajustase a la Ordenanza reguladora (circunstancia no acreditada por la recurrente), pues lo contrario sería tanto como asumir cometidos propios de la Corporación Local que es a la que corresponde, por la vía del recurso de reposición o de los procedimientos especiales de revisión, resolver las reclamaciones que se dirijan frente a los actos de aplicación de los tributos locales (artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; en adelante, TRLHL). Mucho menos, en fin, podrá este Órgano llevar a cabo el examen de la legalidad de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa en cuestión, tarea ésta reservada a la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 19.1 TRLHL). Delimitado así el ámbito competencial de este Órgano, procede la desestimación del motivo impugnatorio.

11.1.8. La legislación vigente obliga al contratista por su propia fuerza vinculante

Resolución 112/2019

El recurrente estima que es recomendable que se actualice la cláusula específica 29 del PCAP con la mención de la legislación vigente en materia de protección de datos personales. Con independencia de que del tenor literal de la alegación no se deduce claramente su carácter impugnatorio, este Órgano estima que, como bien señala el poder adjudicador, la incidencia es un error material susceptible de subsanación en los términos establecidos en el artículo 122 de la LCSP; en especial, debe tenerse en cuenta que los pliegos no pretenden crear obligaciones contractuales, sino mencionar la legislación aplicable, aunque en este caso lo hagan erróneamente, la cual vincula al contratista por su propia fuerza obligatoria y a pesar de dicho error.

11.1.9. Externalización de servicios correcta

Resolución 162/2019

El sindicato recurrente plantea que el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza / Servicio Vasco de Salud, aprobado mediante Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, al que se incorpora como anexo II el acuerdo adoptado en la Mesa Sectorial de Sanidad de fecha 14 de marzo de 2008, aprobado mediante Decreto 106/2008, de 3 de junio, supone una limitación a la libertad que asiste al poder adjudicador para configurar discrecionalmente sus contratos como estime oportuno y, más generalmente, para decidir si debe prestar los servicios de su competencia con medios propios o contratados pues el art. 13 del Decreto 106/2008 señala que Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios. De la relación de contratos señalada en su la documentación aportada por el poder adjudicador en respuesta al requerimiento de prueba efectuado por este OARC/KEAO, se desprende que el servicio ha sido prestado por empresas contratadas al efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de referencia en las organizaciones de servicios hoy integradas en la OSI Araba (Hospitales de Santiago y Txagorritxu y Comarca Araba). Consecuentemente, los servicios objeto del contrato impugnado no constituyen una nueva área o servicio a los efectos del mismo y el recurso debe ser desestimado (ver, en el mismo sentido, la Resolución 58/2017 del OARC/KEAO). Debe señalarse que el recurrente no ha acreditado o argumentado que se trate de una nueva área o servicio, a pesar de conocer que el compromiso plasmado en el art. 13 del Decreto 106/2008 no es incondicional y que su aplicación requiere que el servicio o actividad demandada sea *nuevo*.

11.1.10.No se puede rebatir en recurso especial una autorización concedida por órgano competente

Resolución 209/2019

La recurrente alega que el medicamento ANARTEX debió ser excluido de la licitación por no cumplir con la legislación vigente al no tener el PGR. A juicio de este Órgano, este motivo impugnatorio no puede aceptarse por las razones que se explican a continuación:

1. El medicamento ANARTEX se encuentra autorizado por la AEMPS (entidad estatal competente) para su comercialización desde el 11 de octubre de 2017, con el número de registro 82521.
2. Llegados a este punto, y dado que ningún medicamento puede comercializarse en España sin la autorización previa de la AEMPS o de la Comisión Europea, por una pura cuestión competencial y por su presunción de legalidad, no corresponde ni al poder adjudicador, ni a este OARC/KEAO, poner en cuestión, dentro de los procedimientos de adjudicación o recurso, el ajuste al Ordenamiento de dicha autorización de comercialización, sin perjuicio de que los interesados puedan impugnarlas ante la Administración que las concedió si lo estiman oportuno.

11.1.11.Carga de la prueba

Resolución 210/2019

Consecuentemente, se puede afirmar que la presunción de acierto y legalidad de la que goza el informe de valoración, en el que consta que el producto adjudicatario del lote 5 cumple con la prescripción, circunstancia que se corrobora con la documentación técnica aportada en la oferta y en el informe de contestación al recurso al afirmar que la comisión técnica ha comprobado en la práctica clínica su cumplimiento, no ha sido desvirtuada por la recurrente. A este respecto, ha de tenerse presente que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar los argumentos y los medios probatorios que permitan acreditarlos (ver, en este sentido la Resolución 74/2018).

11.1.12.Plazo de garantía

Resolución 112/2019

A la vista de esta justificación, debe entenderse que el poder adjudicador, para decidir no imponer plazo de garantía, ha actuado dentro de los límites que el artículo 210.3 de la LCSP establece en esta materia a la discrecionalidad que le ampara para configurar el objeto del contrato del modo que considere más ajustado al interés general (ver, por todas, la Resolución 186/2018 del OARC/KEAO). En síntesis, y tal y como se deduce del citado precepto, el plazo de garantía es un plazo posterior a la recepción o conformidad del contrato durante el cual el contratista responde de los defectos de su prestación que, inadvertidos en la citada recepción, se manifiestan en dicho periodo (ver el artículo 311.4 de la LCSP). Consecuentemente, este plazo puede no ser necesario para una prestación consistente, como la debatida, en una obligación de pura actividad cuyo alcance se agota en el momento de su realización porque no implica un resultado entregable, susceptible de incluir hipotéticos defectos que pueden aflorar pasado cierto tiempo. En todo caso, una vez comprobado que la Administración ha actuado dentro del margen de discrecionalidad que le corresponde, no puede aceptarse la pretensión del recurrente de que se introduzca en el contrato una cláusula legalmente no exigible; ello implicaría sustituir la discrecionalidad del órgano de contratación, investida de las notas de presunción de objetividad y cualificación profesional, por la suya propia, necesariamente parcial.

11.1.13.Contratación centralizada

Resolución 159/2019

El recurrente y el poder adjudicador discuten si el contrato impugnado está o no sujeto al régimen de contratación centralizada en virtud del Decreto 23/2019. A juicio de este Órgano,

la respuesta es afirmativa. El artículo 1 de esta norma declara de contratación centralizada “el suministro de energía eléctrica”, y dicho suministro está incluido dentro de las prestaciones del contrato. A estos efectos, es indiferente cuál sea el tipo contractual elegido para la adquisición de la energía, porque el objeto de la centralización no son dichos tipos, sino la adquisición de ciertos bienes o servicios. Una interpretación distinta vaciaría de contenido la propia figura de la centralización, que supone atribuir las competencias propias de múltiples órganos de contratación a un único órgano (en este caso, el Consejero de Hacienda y Economía, según el artículo 24 del Decreto 116/2016). Téngase en cuenta que, por un lado, una de dichas competencias es precisamente decidir cuál es la fórmula contractual más idónea para satisfacer el interés público y los principios generales de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC/KEAO y el artículo 28.1 de la LCSP) y que, por otro lado, no tendría sentido que los órganos afectados por la centralización pudieran eludirla simplemente cambiando el tipo contractual utilizado o contratando la prestación cuya adquisición se centraliza conjuntamente con otras.

11.1.14.Subcontratación

Resolución 130/2019

No obstante lo anterior, conviene precisar que la subcontratación supone, a los efectos de la LCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal, de tal modo que no están comprendidos en este concepto otras modalidades de externalización de la actividad empresarial como, por ejemplo, la adquisición a otras empresas de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sí sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación (ver la Resolución 92/2016 del OARC/KEAO) (...).

ANEXO: SENTENCIAS DEL TSJPV SOBRE RESOLUCIONES DEL OARC/KEAO

En este anexo se enumeran las Resoluciones del OARC/KEAO sobre las que ha recaído sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimatoria, total o parcial, o desestimatoria y que se han publicado en la base de datos del CENDOJ antes del 31 de marzo de 2020. En este listado no se incorporan las sentencias o autos que no tengan un pronunciamiento de fondo (desistimiento, caducidad, procedimiento declarado concluso etc.).

RESOLUCIÓN OARC/KEAO		STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 005/2011. Adjudicación. Incumplimiento del régimen de incompatibilidades: miembros del órgano proponente del contrato no pueden ser miembros del comité de expertos. Incumplimiento del trámite de lectura del resultado de la valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor en el acto de apertura de los sobres con criterios valorables de forma automática.		STSJPV de 27 de noviembre de 2011, nº de procedimiento 1998/2011 y 2013/2011, ECLI:ES:TSJPV:2013:4020	Estimación parcial	Un empleado o directivo experto al servicio del organismo contratante puede pertenecer al Comité de expertos pues no se ha probado que esté integrado en el órgano proponente del contrato, no es miembro de la mesa de contratación y tampoco órgano de contratación. La falta de lectura en alta voz de las puntuaciones otorgadas en aplicación de los criterios no automáticos no es exigida por las instrucciones internas de contratación del poder adjudicador y, en todo caso, se ha llevado con anterioridad a valorar las ofertas con criterios de cuantificación automática.
Resolución 012/2012. Pliego. Estimación. Clasificación exigida es impropia e inadecuada al objeto del contrato.		STSJPV de 28 de octubre de 2013, nº de procedimiento 416/2012, ECLI:ES:TSJPV:2013:1257	Desestimación	
Resolución 033/2012. Adjudicación. Inadmisión fuera de plazo. La falta de motivación de la resolución de adjudicación no es causa de nulidad que permite la ampliación del plazo para la interposición del recurso ya que el recurrente durante el procedimiento ha tenido información suficiente para interponer el recurso. Función de la motivación: evitar la arbitrariedad y dar a conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita impugnar la adjudicación. La exigencia de motivación se cumple aunque no aparezca reflejada en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento siempre que la misma aparezca suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.		STSJPV de 27 de noviembre de 2013, nº de procedimiento 496/2012, ECLI:ES:TSJPV:2013:4045	Estimación parcial por inadmisión indebida	La presentación extemporánea del recurso especial no debió ser óbice a su tramitación ya que como alega el recurrente la notificación de la resolución recurrida no se hizo con la información de los recursos procedentes tal y como dispone el artículo 52 de la LRJAP y PAC, en este punto de aplicación supletoria a la materia propia del recurso.
Resolución 063/2012. Exclusión-Adjudicación. Desestimación. El informe del equipo auditor es validado y asumido por el comité de expertos siendo la decisión de este último vinculante para la mesa de contratación, sirviendo dichos informes (conocidos por el recurrente y que detallan la puntuación y los apartados en los que no ha obtenido la conformidad) como motivación del acuerdo de exclusión. Potestad discrecional de la Administración en la elaboración de los informes que analizan los criterios de adjudicación que requieren de juicio de valor siempre dentro de ciertos límites, sin que OARC/KEAO pueda pronunciarse sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico. OARC/KEAO incompetente para conocer de la recusación (de la que no se aporta prueba); el procedimiento será el de la LRJPAC.		STSJPV de 27 de junio de 2014, nº de procedimiento 582/2012, ECLI:ES:TSJPV:2014:1781	Desestimación	
Resolución 093/2012. Adjudicación del contrato. Desestimación. Nulidad del criterio sobre mejoras. Introducción de elementos subjetivos en un criterio valorable mediante fórmulas. Alteración del secreto de la oferta. Discrecionalidad en los criterios que exigen un juicio de valor. Recusación de uno de los autores de los informes de valoración.		STSJPV de 10 de noviembre de 2014, nº de procedimiento 62/2013, ECLI:ES:TSJPV:2014:4209	Desestimación	
Resolución 044/2013. Adjudicación. Desestimación. Los pliegos del contrato constituyen una verdadera ley contractual y la presentación de proposiciones sin que se haya impugnado su contenido significa su sometimiento a los mismos.		STSJPV de 22 de septiembre de 2015, nº de procedimiento 522/2013, ECLI:ES:TSJPV:2015:2862	Estimación Parcial	Los locales ofertados por la adjudicataria no cumplen con las prescripciones del pliego. No obstante, no puede reconocerse en sede jurisdiccional la situación individualizada de que se declare el derecho de la recurrente a ser adjudicataria del contrato ni el derecho al percibo de la indemnización pretendida pues, al igual que la adjudicataria, su oferta no se ajusta a las previsiones del PPT.
Resolución 053/2013. Acuerdo de exclusión. Inadmisión. Fuera de plazo.		STSJPV de 23 de octubre de 2014, nº de procedimiento 590/2013, ECLI:ES:TSJPV:2014:3158	Desestimación	
Resolución 108/2013. Pliegos del contrato. Desestimación. Análisis del PBT, no hay, en principio, nada que haga suponer que su contenido infringe el principio de transparencia; afirmación que es implícitamente compartida por el recurrente, pues basa su impugnación en dos cuestiones ajenas al texto de los pliegos que rigen el procedimiento.		STSJPV de 27 de marzo de 2015, nº de procedimiento 744/2013, ECLI:ES:TSJPV:2015:816	Desestimación	

RESOLUCIÓN OARC/KEAO		STS/JPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 007/2014. Pliegos del contrato. Desestimación. El único argumento en el que se apoya el recurso es en el mayor peso de los criterios basados en apreciaciones subjetivas sobre los sujetos a fórmulas, posibilidad que el TRLCSP no sólo no prohíbe, sino que expresamente permite. Apreciación de temeridad en la interposición del recurso.		STS/JPV de 31 de marzo de 2015, nº de procedimiento 193/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:822	Estimación	De lo dispuesto en el art. 150.2 TRLCSP y en el art. 150.3 TRLCSP, no puede entenderse como una disyuntiva, a adoptar según libre opción del poder adjudicador convocante, que sea facultad suya sustituir el predominio de los criterios matemáticos por los que no lo son con sólo establecer que la valoración la realizarán externos al órgano proponente del contrato.
Resolución 011/2014. Pliegos del contrato. Estimación. Debe admitirse en los Acuerdos marco recurridos el concurso de medicamentos en el mismo grupo en nivel 5 de la ATC, pero con distinta denominación D.O.E., puesto que con la pertenencia a ese grupo se está garantizando la misma funcionalidad y funciones de los medicamentos		STS/JPV de 5 de octubre de 2015, nº de procedimiento 231/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3428	Estimación	Cómputo del plazo de interposición del recurso contra los pliegos: en una interpretación lógica y sistemática de los artículos 44.2.b) y 158.1 del TRLCSP, cuando se facilita el acceso a los pliegos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que se señalan en el anuncio de licitación, el día inicial del plazo se corresponde con el siguiente a la fecha de publicación del anuncio, momento en el que los pliegos son "puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento".
Resolución 011/2014. Pliegos del contrato. Estimación. Debe admitirse en los Acuerdos marco recurridos el concurso de medicamentos en el mismo grupo en nivel 5 de la ATC, pero con distinta denominación D.O.E., puesto que con la pertenencia a ese grupo se está garantizando la misma funcionalidad y funciones de los medicamentos		STS/JPV de 30 de septiembre de 2015, nº de procedimiento 317/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:2986	Estimación	Cómputo del plazo de interposición del recurso contra los pliegos: en una interpretación lógica y sistemática de los artículos 44.2.b) y 158.1 del TRLCSP, cuando se facilita el acceso a los pliegos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que se señalan en el anuncio de licitación, el día inicial del plazo se corresponde con el siguiente a la fecha de publicación del anuncio, momento en el que los pliegos son "puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento".
Resolución 022/2014. Adjudicación. Estimación parcial. El criterio de adjudicación referido al precio adolece de un elemento indeterminado que permite al órgano de contratación modular su aplicación. Nulidad del criterio y de la totalidad del procedimiento de licitación.		STS/JPV de 26 de mayo de 2015, nº de procedimiento 278/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:1599	Estimación	Incongruencia ultra petita pues la Resolución decide sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la recurrente.
Resolución 055/2014. Pliegos. Estimación. Infracción del artículo 1.256 del CC que prohíbe que los efectos del contrato puedan quedar al arbitrio de una de las partes. Infracción del artículo 293 del TRLCSP que establece el derecho del contratista a percibir el precio por los bienes efectivamente entregados y recibidos.		STS/JPV de 27 de mayo de 2015, nº de procedimiento 489/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:1617	Desestimación	
Resolución 64/2014. Adjudicación. Estimación parcial. Legitimación para impugnar la adjudicación del licitador excluido que no ha recurrido su exclusión si del recurso puede derivarse la cancelación de la licitación. Cancelación del procedimiento de adjudicación al no ser posible la retroacción de actuaciones por el conocimiento previo de las ofertas económicas, lo que podría condicionar la actuación del poder adjudicador. No hay posibilidad de que varias personas puedan obligarse solidariamente frente al poder adjudicador sin constituirse en Unión Temporal de Empresas.		STS/JPV de 2 de diciembre de 2015, nº de procedimiento 544/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3741	Estimación	Legitimación: carece de ella el oferente ya excluido que no reaccionó contra dicho acto de trámite pero que cuestiona el procedimiento y el resultado de la adjudicación. La resolución del OARC incurre en incongruencia ultra petita por decidir sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la recurrente.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO		STS/JPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 076/2014. Adjudicación y exclusión. Estimación parcial. Naturaleza del contrato a efectos de determinar si está incluido en el ámbito del recurso especial. Incorrecta calificación de contrato administrativo especial de un contrato de servicios. Plazo de interposición del recurso: la notificación contiene indicaciones erróneas, debe tenerse por procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca. Acto impugnabile en recurso especial a pesar de que fue objeto de recurso de alzada, vía impropcedente ofrecida por el propio poder adjudicador. Legitimación: existe interés directo, pues si se declara la nulidad de actuaciones el licitador excluido podría presentar una nueva oferta. Variantes: no procede excluir al licitador que las presenta cuando no están previstas pero la propia Administración se reserva el derecho de alterar arbitrariamente el contenido de las ofertas, lo que convierte en irrelevante el contenido de las ofertas y todo el procedimiento de adjudicación. Objeto del contrato que se deja a indicaciones posteriores. Nulidad de pleno derecho de una cláusula que permite un trato discriminatorio. Cancelación de la licitación. Congruencia.		STS/JPV de 20 de julio de 2015, nº de procedimiento 518/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:2401	Estimación	Cualquier órgano de justicia administrativa puede y debe fijar su propia competencia al margen de nominalismos utilizados por las actuaciones recurridas y atenerse a la verdadera índole y objeto de la pretensión sin quedar vinculado por la actuación de los propios poderes que pudieran vaciar de contenido el régimen de impugnación. Incongruencia ultra petita de la Resolución pues decide sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la recurrente, erigiéndose en promotor de oficio de la acción contra los actos administrativos preparatorios del expediente.
Resolución 002/2014. Adjudicación. Inadmisión del recurso por presentación extemporánea.		STS/JPV de 23 de noviembre de 2015, nº de procedimiento 440/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:4366	Desestimación	
Resolución 092/2014. Pliegos. Inadmisión. Cómputo del plazo para recurrir los pliegos. Calificación del contrato a efectos de determinar si está sujeto a recurso especial. Diferencia entre contrato de servicios y contrato de gestión de servicio público. Legitimación: sindicato; falta de legitimación, pues la resolución no conllevaría ningún beneficio económico o profesional para los trabajadores.		STS/JPV de 26 de octubre de 2015, nº de procedimiento 604/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3449	Estimación Parcial	Cómputo del plazo de interposición del recurso contra los pliegos: se comparte el criterio del OARC basado en la STS/JPV de 28 de octubre de 2013, por razones de seguridad jurídica. Legitimación de sindicato: el colectivo de empleados laborales que viene prestando el servicio y que, por subrogación, continuará prestandolo bajo una u otra empresa adjudicataria, ostenta interés legítimo en promover la revisión de las cláusulas y pliegos contractuales que versan directa o indirectamente sobre las condiciones laborales y salariales de la plantilla. Fondo del asunto: se desestima el recurso .
Resolución 080/2014. Pliegos. Estimación. Ofertas anormales o desproporcionadas: umbral fijado en un porcentaje de baja respecto al presupuesto base de licitación contrario al TRLCSP que pide que los parámetros objetivos de la anomalía o desproporción se fijen por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas.		STS/JPV de 19 de enero de 2016, nº de procedimiento611/2014, ECLI:ES:TSJPV:2016:213	Estimación	La expresión en los pliegos del contrato de un umbral fijo de baja (10%) referido al presupuesto base de licitación como parámetro objetivo para apreciar, en su caso, la temeridad o desproporción de la proposición se ajusta al art. 150.2 TRLCSP.
Resolución 094/2014. Exclusión. Estimación. Oferta supuestamente inviable: las obligaciones empresariales en materia salarial no se derivan del contrato público, y el hecho de que tales obligaciones no se refleje en el desglose de la oferta no significa que se vayan a incumplir. Oferta anormalmente baja o desproporcionada: aplicación en el procedimiento negociado; no se puede apreciar si se utilizan varios criterios de adjudicación y en el pliego no figuran los parámetros objetivos para considerar inicialmente que la oferta no puede ser cumplida.		STS/JPV de 16 de septiembre de 2015, nº de procedimiento 630/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3030	Desestimación	
Resolución 068/2014. Adjudicación. Estimación. Alcance de la retroacción de actuaciones ordenada por una Resolución anterior del OARC / KEAO. Un requisito recogido en la legislación aplicable a la prestación es exigible a cualquier adjudicatario, pero no puede basar la exclusión de una oferta si no figura en los Pliegos. Subcriterios no comprendidos en el criterio principal. Motivación suficiente: gracias a ella, el OARC / KEAO puede resolver la adjudicación en favor de un licitador concreto si se puede fijar inequívocamente, sin margen de discrecionalidad, cuál es la oferta económicamente más ventajosa.		STS/JPV de 28 de julio de 2015, nº de procedimiento 600/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:2409	Desestimación	
Resolución 078/2014. Adjudicación. Cuestión de nulidad y recurso especial. Valor estimado del contrato: en su cómputo deben incluirse todas las retribuciones de la prestación, incluidos los pagos en especie. Nulidad del artículo 37.1 a) TRLCSP (falta de publicidad en el DOUE). Congruencia.		STS/JPV de 20 de enero de 2016, nº de procedimiento 585/2014, ECLI:ES:TSJPV:2016:219	Estimación	Los licitadores no están legitimados para ejercer la acción de nulidad en razón exclusivamente a esa condición y, por lo tanto, al margen de los efectos que el acto o infracción de que se trate haya producido en la esfera de sus derechos o intereses pues la omisión del requisito de publicación del anuncio en el DOUE no ha sido obstáculo para su participación en el procedimiento.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO		STS/JPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 088/2014. Pliegos. Estimación. Ofertas anormales o desproporcionadas: umbral fijado en un porcentaje de baja respecto al presupuesto base de licitación contrario al TRLCSP, que pide que los parámetros objetivos de la anomalía o desproporción se fijen por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas.		STS/JPV de 1 de diciembre de 2015, nº de procedimiento 673/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3759	Estimación	La expresión en los pliegos del contrato de un umbral fijo de baja (10%) referido al presupuesto base de licitación como parámetro objetivo para apreciar, en su caso, la temeridad o desproporción de la proposición se ajusta al art. 150.2 TRLCSP.
Resolución 076/2014. Adjudicación y exclusión. Estimación parcial. Naturaleza del contrato a efectos de determinar si está incluido en el ámbito del recurso especial. Incorrecta calificación de contrato administrativo especial de un contrato de servicios. Plazo de interposición del recurso: la notificación contiene indicaciones erróneas, debe tenerse por procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca. Acto impugnabile en recurso especial a pesar de que fue objeto de recurso de alzada, vía improcedente ofrecida por el propio poder adjudicador. Legitimación: existe interés directo, pues si se declara la nulidad de actuaciones el licitador excluido podría presentar una nueva oferta. Variantes: no procede excluir al licitador que las presenta cuando no están previstas pero la propia Administración se reserva el derecho de alterar arbitrariamente el contenido de las ofertas, lo que convierte en irrelevante el contenido de las ofertas y todo el procedimiento de adjudicación. Objeto del contrato que se deja a indicaciones posteriores. Nulidad de pleno derecho de una cláusula que permite un trato discriminatorio. Cancelación de la licitación. Congruencia.		STS/JPV de 21 de septiembre de 2015, nº de procedimiento 636/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3036	Estimación	Cualquier órgano de Justicia administrativa puede y debe fijar su propia competencia al margen de nominalismos utilizados por las actuaciones recurridas y atenerse a la verdadera índole y objeto de la pretensión sin quedar vinculado por la actuación de los propios poderes que pudieran vaciar de contenido el régimen de impugnación. Incongruencia ultra petita de la Resolución pues decide sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la recurrente, erigiéndose en promotor de oficio de la acción contra los actos administrativos preparatorios del expediente.
Resolución 041/2015. Pliegos. Contrato con cláusula en favor de tercero que implica que parte del precio es abonado por el usuario: admisible al amparo de la libertad de pactos del artículo 25.1 TRLCSP, pues se ajusta al interés público, los principios de buena administración y la legislación contractual, sanitaria y de protección de datos. No hay necesidad de que los pliegos resuelvan directamente todas las posibles incidencias en la ejecución del contrato, a las cuales se les puede aplicar el sistema de fuentes del TRLCSP. Entrega de los bienes suministrados en locales no pertenecientes a la Administración; cláusula aceptable, diferencia entre entrega y recepción. Entrega directa de productos sanitarios a los usuarios en centros sociosanitarios privados y no concertados; no hay incompatibilidad con la normativa sanitaria.		STS/JPV de 26 de septiembre de 2016, nº de procedimiento 251/2015, ES:TSJPV:2016:2907	Estimación parcial	No existe previsión específica para el contrato de suministro, ni norma reguladora de la contratación del sector público, que habiliten la introducción en los pliegos de la modalidad de pago por terceros estipulada en la carátula, a salvo del artículo 281.1 TRLCSP que lo posibilita pero para un tipo contractual de naturaleza distinta al del recurso. Al tener que ser satisfecho parte del precio del contrato por los centros socio-sanitarios donde se entregan los bienes o por sus usuarios, se traslada a un tercero la obligación de pago del precio que le compete a la Administración, con la consecuencia de que el derecho del contratista a percibir el precio convenido una vez entregados los bienes objeto del suministro queda al albur de terceros extraños a la relación contractual.
Resolución 029/2015. Adjudicación. Legitimación activa: inexistencia de beneficio tangible para el recurrente.		STS/JPV de 12 de julio de 2016, nº de procedimiento 221/2015, ES:TSJPV:2016:2248	Desestimación	
Resolución 069/2015. Adjudicación. Capacidad de las UTE: objeto social, todos los componentes deben tener alguna relación con el objeto del contrato y todos conjuntamente cubrir todo el objeto contractual; habilitación empresarial, exigible únicamente al miembro de la UTE que efectivamente va a desempeñar la actividad sujeta a habilitación, sin que quepa suplirla por la de otros miembros; habilitación aportada con posterioridad a la presentación de ofertas, válida si no era un documento solicitado en el anuncio; reglas de acumulación de la solvencia en las UTE's, necesidad de que todos los miembros aporten un mínimo y entre todos alcancen el umbral exigido, es válido que la exigencia de trabajos anteriores se cubra íntegramente por una única empresa. Acreditación de la existencia de una organización, indistinguible de la solvencia y acreditada si se acredita ésta. Denegación de acceso al expediente, no consta indefensión; improcedencia de declarar confidencial la totalidad de la oferta.		STS/JPV de 30 de noviembre de 2016, nº de procedimiento 543/2015, ES:TSJPV:2016:3715	Estimación	El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar, que comprende la habilitación empresarial o profesional, en este caso la autorización de transporte sanitario, es el de terminación del plazo de presentación de proposiciones. La carencia de esta autorización en una de las empresas integradas de la UTE afecta a la aptitud para contratar de esta última.
Resolución 82/2015. Pliegos. Prescripciones técnicas; barrera de entrada; medicamentos biosimilares con las mismas indicaciones terapéuticas; exigencia arbitraria.		STS/JPV de 19 de octubre de 2016, nº de procedimiento 580/2015, ES:TSJPV:2016:3256	Estimación	Que el Acuerdo marco para el suministro de epoteína alfa (DOE) se realice en relación al principio activo y no a la indicación terapéutica está plenamente justificado y no es contrario al principio de libre concurrencia e igualdad.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO		STS/JPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 88/2015. Exclusión. Capacidad y solvencia: momento para apreciar la concurrencia de los requisitos, la finalización del plazo de presentación de ofertas; distinción con el momento de acreditación; condición de empresa de inserción acreditada mediante inscripción en un registro oficial; interpretación del pliego conforme a los actos de los contratantes coetáneos o posteriores (artículo 1.282 Código Civil). Cuestión de nulidad: improcedencia, pues no puede acumularse con el recurso especial y no consta la formalización del contrato.		STS/JPV de 29 de junio de 2016, nº de procedimiento 588/2015, ES:TSJPV:2016:2106	Desestimación	
Resolución 105/2015. Adjudicación. Criterios de adjudicación: correcta acreditación; modo de cálculo de los criterios de preferencia relativos a trabajadores discapacitados en plantilla cuando concurre una UTE; cómputo que se aparta de un precedente, con justificación, principio de confianza legítima. Solvencia: correcta acreditación; incompetencia del OARC para pronunciarse sobre la ejecución de contratos vigentes. Subsanción: no está prevista en la fase de aportación documental del empresario requerido como adjudicatario propuesto; exclusión improcedente, pues no se puede dudar de la disponibilidad de los medios aportados.		STS/JPV de 23 de noviembre de 2017, nº de procedimiento647/2015, ES:TSJPV:2016:3721	Estimación	El proceder de la Administración que cambia el precedente de contratos anteriores sobre el modo de cálculo de los criterios de preferencia relativos a trabajadores discapacitados en plantilla cuando concurre una UTE a la licitación sin que la recurrente tuviera conocimiento de dicho cambio, supone infracción del principio de transparencia e igualdad de trato de los licitadores y quiebra de la confianza legítima.
Resolución 137/2015. Adjudicación. Plazo de recurso: inicio del cómputo solo cuando se ha producido el traslado efectivo de la notificación al destinatario. Cosa juzgada administrativa; no la hay si se trata de cuestiones que no pudieron ser objeto de recurso anteriormente, aunque los argumentos debatidos sean similares. Criterios de adjudicación: correcta aplicación. Contenido de las proposiciones: no cabe rechazar una oferta que contiene todos los servicios solicitados y fija los precios con la amplia libertad que para ello conceden los pliegos, sino solo cuando no se incluye el contenido mínimo exigido.		STS/JPV de 7 de junio de 2016, nº de procedimiento 005/2016, ES:TSJPV:2017:2393	Desestimación	
Resolución 30/2016. Adjudicación. Concepto de "organismos oficial competente" a los efectos de emitir un informe acreditativo de la solvencia, no equivale a "organismo público"		STS/JPV de 15 de mayo de 2017, nº de procedimiento 231/2016, ES:TSJPV:2017:1715	Estimación	No se considera como "medida equivalente de garantía de calidad", prevista en el art. 80.2 del TRLCSP (acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad), la certificación que realiza el empresario de sus propios productos.
Resolución 84/2016. Cuestión de nulidad. Tratamiento del recurso de acuerdo con su vedadera naturaleza, independientemente de la denominación que le haya dado el recurrente. Naturaleza de la cuestión de nulidad; plazo de interposición cuando el contrato no se ha formalizado; omisión de la publicación en el DOUE. Valor estimado del contrato.		STS/JPV de 11 de junio de 2018, nº de procedimiento 653/2016, ES:TSJPV:2018:2279	Estimación	Existe una base indiciaria suficiente para deducir que existe vinculación entre la recurrente y otra sociedad mercanti, que pretendió en un recurso anterior anular este mismo procedimiento de adjudicación, de unidad de propósito o decisión compartida de lograr la nulidad del procedimiento para reiniciarlo otra vez.
Resolución 116/2015. Criterios de adjudicación: criterio que valora el número de vehículos ofertados ya operativos en el momento de presentar la oferta; requisitos para considerar que el criterio no obstaculiza la libre competencia; falta de proporcionalidad entre el criterio y la finalidad que se pretende con él. Plazo de presentación de la documentación justificativa por el licitador que haya presentado la mejor oferta, no disponible por el órgano de contratación.		STS/JPV de 22 de marzo de 2017, nº de procedimiento 713/2014, ECLI: ECLI: ES:TSJPV:2016:4203	Estimación parcial	La infracción apreciada por la Resolución recurrida no puede subsumirse en la causa de nulidad del art. 32.a) del TRLCSP que remite a las causas de nulidad del art. 62.1 de la Ley 30/1992, pues la infracción de los principios recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, incluido el principio de igualdad, no conculca el derecho fundamental del art. 14 CE, que opera frente a las causas de discriminación prohibidas por dicho precepto, y no cualquier trato diferenciado, incida o no en bienes o derechos de otro rango también amparados por la CE, significa su conculcación
Resolución 69/2016. Anuncio y pliegos. Legitimación activa: la tiene la empresa que impugna los pliegos y está interesada en el contrato; la tiene un sindicato si el acto recurrido tiene incide sobre los intereses que defiende. Subrogación de los trabajadores: la fuente de la subrogación no es el Pliego, sino la ley o los convencidos colectivos; lo mismo sucede con otros derechos derivados de la relación laboral, como la garantía del pago del salario; información que debe publicarse. Presupuesto del contrato: alcance del mandato de que el precio contractual se ajuste al mercado; no se acredita que se perjudique la concurrencia o que el contrato no pueda ser normalmente cumplido; principio de riesgo y ventura, el presupuesto no debe garantizar lucro para el contratista.		STS/JPV de 1 de febrero de 2018, nº de procedimiento 344/2016, ECLI: ES:TSJPV:2018:916	Desestimación	

RESOLUCIÓN OARC/KEAO		STS/JPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 75/2016. Adjudicación. Mejoras: no se precisan los elementos sobre las que pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse; nulidad del criterio; excepción a la preclusividad del plazo de impugnación de los pliegos, recurso indirecto; cancelación de la licitación; congruencia.		STS/JPV de 26 de julio de 2017, nº de procedimiento 443/2016, ES:TS.JPV:2017:2727	Estimación	Falta de congruencia de la Resolución del OARC ya que, siendo la pretensión del recurso la de la anulación de la adjudicación, cancela la licitación por considerar nulo de pleno derecho por infracción del principio de igualdad y del art. 62.1.a) LRJ-PAC el criterio de adjudicación de "Mejoras", no razonando la congruencia de la causa de nulidad de pleno derecho apreciada.
Resolución 86/2016. Pliegos: la interpretación de cláusulas oscuras del pliego no puede perjudicar al licitador y suponer su exclusión; la falta de mención a una obligación contenida en los pliegos no significa que no se acate; un motivo de exclusión debe ser claro y transparente; el pliego de prescripciones técnicas no es el lugar para señalar los requisitos de solvencia. Efectos de la resolución: cancelación de la licitación, no cabe la retroacción porque no permite ya la evaluación separada de criterios discrecionales y matemáticos.		STS/JPV de 15 de marzo de 2017, nº de procedimiento 650/2016, ES:TS.JPV:2017:1235	Estimación	A pesar de que los pliegos de la contratación pudieron establecer el contenido obligatorio de la oferta de una forma más clara o con mejor orden sistemático, no puede obviarse la lectura conjunta o complementaria de los mismo para determinar el objeto de la contratación.
Resolución 133/2016. Adjudicación. Precio del contrato: respeto del precio global máximo y de los precios parciales, la exclusión debe basarse en un motivo claramente consignado en los pliegos. la oscuridad de los pliegos no puede perjudicar al licitador, principio de transparencia, la valoración del precio no debe incluir el IVA		STS/JPV de 24 de enero de 2018, nº de procedimiento 89/2017, ES:TS.JPV:2018:104	Estimación	El PCAP ha desglosado en dos conceptos el presupuesto máximo. Aún si se entendiere que otras cláusulas del contrato admiten otro sentido (único presupuesto máximo de licitación), deben interpretarse unas con otras en el más adecuado para que las cláusulas que establecen el desglose de conceptos produzcan efecto (art. 1284 Código Civil).
Resolución 99/2016. Adjudicación. Plazo de interposición: no computa el día inhábil en la sede del OARC / KEAO o en el lugar de residencia del recurrente. Documentación técnica de la oferta: la oferta es contradictoria respecto al cumplimiento de una prescripción técnica y debió ser excluida, sin que quepa interpretarla. Legitimación activa: no la hay para impugnar una oferta si ello no produce un beneficio tangible al recurrente; diferencia entre las posiciones procesales del recurrente y el alegante.		STS/JPV de 27 de marzo de 2018, nº de procedimiento 911/2016, ES:TS.JPV:2018:1129	Estimación	No se trata de acreditar que el parquímetro cumpla o no la especificación técnica del PPT, sino de que la oferta del licitador fue clara en el compromiso de suministrar un aparato (no necesariamente el aludido en su oferta) que cumpliera tal condición. Y si se entendiera que por los términos literales de la proposición (información del fabricante) hubiera duda o contradicción en dicho punto, la Mesa de Contratación (no vinculada al informe del Área municipal competente) debió solicitar la aclaración pertinente al licitador.
Resolución 118/2016. Adjudicación. Motivación: no cabe alegar indefensión por falta de motivación del acto de adjudicación porque se remitteron a los interesados los informes que lo fundamentan, que permite la interposición de un recurso fundado. Ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas; doctrina general, la finalidad es averiguar si la oferta es viable, justificación por la solvencia de la empresa; alegaciones de las empresas sospechosas suficientes y no rebatidas, cómputo global de los beneficios, coste de no resultar adjudicatario, soluciones técnicas adoptadas. Concepto de "onerosidad", beneficios no monetarios. Precio de mercado: no existe un precio "justo" o "real".		STS/JPV de 28 de noviembre de 2018, nº de procedimiento 911/2016, ES:TS.JPV:2018:3691	Estimación	No puede concluirse que dichas licitadoras hayan detallado y justificado los costes derivados de la ejecución del contrato ni, por ende, la procedencia del precio, como así se les requirió expresamente. La admisión de las ofertas a precio de coste o "a pérdida", o, en los términos empleados por el PCAP " que no reflejen la onerosidad del contrato", no se compadece con las cláusulas del mismo.
Resolución 133/2016. Adjudicación. Prescripciones técnicas: la falta de mención expresa de una obligación exigida por el pliego de prescripciones técnicas no implica necesariamente la intención de incumplirla; acreditación correcta del cumplimiento de las prescripciones técnicas. Precio del contrato: respeto del precio global máximo y de los precios parciales, la exclusión debe basarse en un motivo claramente consignado en los pliegos, la oscuridad de los pliegos no puede perjudicar al licitador, principio de transparencia, la valoración del precio no debe incluir el IVA.		STS/JPV de24 de enero de 2018, nº de procedimiento 89/2017, ES:TS.JPV:2018:104	Estimación	Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas con las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (Art. 1.285 del Código Civil) y, si aun así, se entendiere que otras cláusulas del contrato admitieran otro sentido (el de un único presupuesto máximo de licitación) deben interpretarse unas y otras, en el más adecuado para que las cláusulas que establecen el desglose de conceptos produzcan efecto (Art. 1.284 del Código Civil).

RESOLUCIÓN OARC/KEAO		STS/JPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 119/2017. Pliegos. Legitimación activa: la tiene un sindicato para excluir la posibilidad de que liciten personas físicas por entender que ello supone un contrato laboral en fraude de ley. El recurso debe desestimarse, pues de su estimación no se deriva ningún beneficio tangible para el recurrente, el supuesto perjuicio es hipotético y no se deriva del contenido de los pliegos sino de las circunstancias de la ejecución de la prestación.		STS/JPV, de 4 de julio de 2018, nº de procedimiento 166/2018. ECLI: ES:TS.JPV:2018:2630	Desestimación	
Resolución 124/2017. Adjudicación. Lugar de presentación del recurso especial, presentación en oficinas de correos o en registros distintos del registro del OARC / KEAO o del órgano de contratación, necesidad de que el mismo día de la interposición se envíe una copia electrónica del recurso a dichos órganos para considerar que el recurso se presentó ese día.		STS/JPV, de 15 de febrero de 2019, nº de procedimiento 020/2018. ECLI:ES:TS.JPV	Desestimación	