

Recurso 65/2017**Resolución 85/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 2 de mayo de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TU MAYOR AMIGO, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión indirecta del servicio público en la modalidad de concesión administrativa del servicio de ayuda a domicilio (Ley 39/2006) en el municipio de Castilleja de la Cuesta” (Expte. PBA/20/2016), convocado por el Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 22 de noviembre de 2016, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla nº 271 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el 22 de noviembre de 2016, el citado anuncio fue publicado en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta.

El valor estimado de contrato asciende a la cantidad de 873.900,82 euros.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 30 de noviembre de 2016, TU MAYOR AMIGO, S.L. presentó en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación del contrato citado en el encabezamiento.

Posteriormente, con fecha 5 de abril de 2017, tiene entrada en el Registro de este Tribunal escrito del Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta remitiendo copia del recurso presentado junto con parte de la documentación integrante del expediente de contratación.

CUARTO. Con fecha 7 de abril de 2017, la Secretaría de este Tribunal solicitó al órgano de contratación el informe sobre el recurso, las alegaciones en relación a la medida provisional de suspensión instada por otra recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, toda vez que no constaba en el expediente remitido.

La documentación solicitada fue remitida a este Tribunal teniendo entrada en el Registro con fecha 12 de abril de 2017.

QUINTO. Con fecha de 17 de abril de 2017 este Tribunal acordó adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por otra recurrente en relación a este procedimiento.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 18 de abril de 2017,



se concedió un plazo de cinco días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:



“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que



aquellas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y, solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En este sentido, en la documentación remitida a este Tribunal, el órgano de contratación ha puesto de manifiesto que carece de órgano propio especializado, habiendo además, remitido tanto el recurso, como la documentación preceptiva, a efectos de su resolución, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”



Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (427/2015, de 17 de diciembre, 7/2016, de 20 de enero y 77/2016, de 21 de abril, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquel para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.



TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto. El mismo se deduce frente a los pliegos que rigen la contratación, que es un acto susceptible de recurso de conformidad con lo estipulado en el TRLCSP.

No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato como gestión de servicio público.

Como hemos señalado, el escrito de impugnación se deduce frente a los pliegos de una contratación que es calificada por el órgano de contratación como gestión de servicio público en su modalidad de concesión.

La adecuada tipificación de este tipo de contratos como gestión de servicios públicos o como servicios es una cuestión que ya ha sido analizada por este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 46/2016, de 18 de febrero y 83/2016, de 21 de abril también referidas al mismo contrato objeto del presente recurso, esto es, el servicio de ayuda a domicilio. En ellas, se hacía referencia a la jurisprudencia comunitaria que, a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación del servicio (v.g. las sentencias del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater). Y donde, además, ya se señalaba que al no ser presumible que se encontrara transpuesta a nuestro ordenamiento la Directiva 23/2014/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, las definiciones en ella contenidas surtirían plenos efectos jurídicos al ser claras, precisas y no hallarse condicionadas.

De este modo, el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de



transposición a nuestro Ordenamiento jurídico ya ha vencido. Por tanto, estaremos ante una concesión de servicios si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público en el sentido que define el artículo 5 de la Directiva citada y si tal riesgo no se transfiere al contratista, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios.

En este contrato, se pone de manifiesto que no se produce una efectiva transferencia del riesgo de la explotación al adjudicatario, pues existe una previsión de horas anuales, un precio máximo unitario por hora y un presupuesto estimado total, y aún cuando el número anual estimado de horas pueda fluctuar y suponga una cierta exposición a las incertidumbres de la demanda, este riesgo de variación de la demanda es mínimo.

Por tanto, dado que se trata de un contrato que tiene por objeto una de las actividades contempladas en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, no existe duda alguna acerca de su calificación como contrato de servicios y, por tanto, incluido dentro de los susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 40.1 del TRLCSP, al ser su valor estimado superior a 209.000 euros.

Por todo ello, dado que son objeto de impugnación los pliegos que rigen la licitación, resulta procedente el recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 y 2 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:



a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el presente supuesto, la publicación del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial de la Provincia se produjo el 22 de noviembre de 2016 y en el perfil de contratante del Ayuntamiento en igual fecha, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 22 de noviembre de 2016, fecha en la que los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento a través del perfil del órgano de contratación.

Por tanto, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 5 de diciembre de 2016 en el Registro del órgano de contratación, se encuentra interpuesto dentro del plazo legal establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en el recurso que se declare la nulidad del criterio de adjudicación “*Memoria del servicio*”, en concreto, en lo que se refiere a los servicios prestados por la empresa con expresión del número de usuarios atendidos.

El criterio impugnado se describe en el apartado 1º de la cláusula 40 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), siendo su tenor el siguiente:

“40.CRITERIOS DE PONDERACIÓN Y ADJUDICACIÓN .



1. Memoria del Servicio..... de 0 a 60 puntos

Se ponderará teniendo en cuenta la adecuación de los servicios a prestar, su organización, y el poder de dirección frente a los prestadores del servicio, ponderándose de forma positiva la vinculación entre la titularidad de la empresa y el prestador de forma que sea coincidente la responsabilidad de dirección con el prestador del servicio a fin de garantizar una estabilidad en aquellos o el tiempo de permanencia en la empresa del Prestador al tener el servicio objeto del contrato una repercusión directa en la relación prestador-usuario.. Se valorará la claridad y concreción en su presentación

(...)

• *Servicios prestados por la empresa con expresión del número de usuarios atendidos.....hasta..10 puntos*

- de 5.000 a 2.001 usuarios 10 puntos

- de 2.000 a 1.001 usuarios 5 puntos

- de 1.000 a 501 usuarios 2 puntos

- menos de 500 usuarios 1 punto

(...)”

La recurrente sostiene que el hecho de que tal criterio sea considerado en la presente licitación restringe la posibilidad de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, poniendo en riesgo la libre competencia, la competencia, la participación y la transparencia del proceso de licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido señala que no ha existido intencionalidad de discriminación, pretendiéndose únicamente resolver la prestación del servicio de las actividades de carácter doméstico y personal que integran el servicio de ayuda a domicilio a aquellas personas a las que se les reconozca el derecho de acceso al mismo, según la Ley de Dependencia.

SEXTO. Una vez expuestos los argumentos de las partes procede analizar la cuestión de fondo del recurso, esto es, si el subcriterio de adjudicación “*Servicios prestados por la empresa con expresión del número de usuarios*



atendidos”, valorado con hasta 10 puntos, se ajusta o no a Derecho.

En este punto, conviene recordar que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 150.1 del TRLCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora.

En definitiva, lo que persigue el TRLCSP es que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todos los licitadores, y que se apliquen en pie de igualdad para todos éstos, de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar los principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, que en su apartado 52, recogiendo el parecer de la Comisión Europea, indica que ésta *“considera que los criterios de adjudicación de contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora”*.

Señala esta misma sentencia que el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por



objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia.

Así las cosas, para analizar la conformidad a derecho del criterio objeto de debate, se ha de partir de la exigencia de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación con el objeto del contrato, y no con las características o circunstancias de la empresa licitadora.

A estos efectos, conviene traer a colación el Informe 45/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el que, con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se expone que: *“El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes”*.

En cuanto a los elementos o circunstancias que han de ser tenidos en cuenta en cada una de estas dos fases, el mencionado Informe 45/2002, concluye que *“La valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica*



y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta”.

Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.

En el presente supuesto, se ha previsto en el pliego como criterio de valoración la experiencia de las empresas en la ejecución de contratos similares, cuestión esta que ya ha sido abordada por este Tribunal en reiteradas resoluciones, entre otras, en sus Resoluciones 64/2012, de 14 de junio, 18/2013, de 25 de febrero, 58/2013, de 10 de mayo y la más reciente 245/2016, de 14 de octubre, en las que se señalaba que la experiencia no podía ser valorada como un criterio de adjudicación al no encontrarse relacionado con el objeto del contrato (ex art. 150 TRLCSP).

Así pues, procede anular el criterio objeto de debate pues nada aporta a la prestación contractual en sí misma. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de esta última, lo hace a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.



En consecuencia, en base a todas las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en esta resolución, y en la nueva licitación que se convoque, se atienda a la calificación del contrato como de servicios con la debida publicidad de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TU MAYOR AMIGO, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión indirecta del servicio público en la modalidad de concesión administrativa del servicio de ayuda a domicilio (Ley 39/2006) en el municipio de Castilleja de la Cuesta” (Expte. PBA/20/2016), convocado por el Ayuntamiento de Castilleja de la Cuesta (Sevilla) y, en consecuencia, anular el criterio de adjudicación impugnado del pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que se proceda en los términos expuestos en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su



notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

