

**Recurso 60/2017****Resolución 87/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 5 de mayo de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **M.A.M.P., B.C.R., E.M.R., I.F.R. y N.L.C.** contra la Resolución, de 31 de marzo de 2017, por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Segundo acuerdo marco que establece las condiciones a que las habrán de ajustarse los contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concierto, del servicio de atención temprana, mediante procedimiento abierto”, respecto del Lote 1.C.3. Roquetas de Mar (Expte. 1/2017), convocado por la Consejería de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 21 de febrero de 2017, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el mismo día en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del acuerdo marco asciende a 7.983.360,00 euros y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraban las ahora recurrentes, que lo hicieron con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas.

**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 Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, se dicta Resolución, de 31 de marzo de 2017, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, por la que se adjudica el acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Respecto del Lote 1.C.3. “Roquetas de Mar”, la adjudicación se realiza a favor de L.M.T. (CLÍNICA TARSO), en adelante la adjudicataria. Dicha resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el mismo 31 de marzo de 2017, sin que conste, a la fecha de interposición del recurso, que haya sido remitida para su notificación a las ahora recurrentes.

**CUARTO.** El 3 de abril de 2017 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, proveniente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por M.A.M.P., B.C.R., E.M.R., I.F.R. y N.L.C. (en adelante las recurrentes) contra la citada Resolución de adjudicación de 31 de marzo de 2017, respecto del Lote 1.C.3. Roquetas de Mar. Las recurrentes en su recurso, además de combatir la adjudicación a favor de L.M.T. (CLÍNICA TARSO) -la otra licitadora que junto con ellas son las únicas que han presentado oferta a dicho lote-, denuncian su



exclusión del procedimiento que consideran no ajustada a derecho.

**QUINTO.** Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 4 de abril de 2017, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha documentación fue recibida en este Órgano el 7 de abril de 2017.

Entre la documentación contenida en el expediente de contratación figura un escrito de las ahora recurrentes, de 6 de marzo de 2017 -presentado en el Registro del órgano de contratación el día siguiente 7 de marzo-, que ellas califican como recurso especial en materia de contratación y el órgano de contratación como escrito de alegaciones.

**SEXTO.** El 11 de abril de 2017, se recibe en el Registro de este Tribunal escrito de las ahora recurrentes, fechado el 4 de marzo de 2017, en el que solicitan la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación. El mismo escrito fue asimismo recibido en este Órgano, a través del Registro telemático único de la Junta de Andalucía -donde se presentó el 4 de abril-, el 25 de abril al haberse dirigido indebidamente a otro órgano administrativo.

Posteriormente, el 17 de abril de 2017, le fueron requeridas al órgano de contratación las alegaciones oportunas sobre la medida provisional de suspensión instada por las recurrentes, que fueron recibidas el 19 de abril de 2017.

El 20 de abril de 2017, este Tribunal dictó Resolución de mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco, respecto del Lote 1.C.3. Roquetas de Mar.

**SÉPTIMO.** Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 12 de abril de 2017, se



solicita a las recurrentes que aporten determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación tuvo entrada en este Tribunal el 17 de abril de 2017.

En el escrito de subsanación, mediante otrosí digo, denominado de la reintegración formal del procedimiento de recurso, las recurrentes realizan una serie de manifestaciones para complementar su anterior escrito de recurso. Entre otras consideraciones, afirman que los escritos que previamente han formulado, con independencia de la denominación que se haya tomado en su redacción y el órgano administrativo ante el que se hayan presentado, deben ser considerados como el anuncio de recurso especial legalmente regulado.

Dichas manifestaciones se ponen en conocimiento del órgano de contratación el 18 de abril de 2017 para su informe. Siendo así que el mismo se recibe en este Tribunal el 20 de abril de 2017.

**OCTAVO.** El 19 de abril de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a la única entidad interesada en el procedimiento, L.M.T. (CLÍNICA TARSO), concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndolas efectuado en el plazo concedido.

**NOVENO.** El 21 de abril de 2017 se recibe a través del correo electrónico de este Tribunal escrito de las recurrentes en el que comunican que el órgano de contratación les ha notificado la resolución de adjudicación y anuncian la interposición de recurso especial contra la misma.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de



Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El escrito de impugnación se deduce en un procedimiento de licitación que es calificado por el órgano de contratación como gestión de servicio público en su modalidad de concierto. Las recurrentes no discuten la calificación jurídica del acuerdo marco dando por sentado que el mismo está sujeto al recurso especial. En cambio, en el informe al recurso el órgano de contratación sostiene que estamos en presencia de una gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto, no susceptible de recurso especial al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP.

Así pues, en la medida que el órgano de contratación cuestiona la sujeción del acuerdo marco al recurso especial, hemos de abordar este extremo y para ello debemos analizar la naturaleza jurídica de dicho acuerdo marco y de los contratos derivados del mismo.

Pues bien, incluso a la fecha de la resolución de iniciación del expediente de contratación -6 de febrero de 2017-, ya había vencido el plazo de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Este vencimiento tuvo lugar el 18 de abril de 2016, siendo incuestionable que, a partir de esta fecha, la definición de «riesgo operacional» contenida en el artículo 5 de la citada Directiva surte plenos efectos jurídicos y determinará que un contrato deba calificarse como



concesión o como servicio en función de que dicho riesgo se haya transferido o no al contratista. Dice así el artículo 5 de la Directiva “(...) *Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable*”.

Asimismo, debe indicarse que el riesgo operacional transferido al contratista, como elemento distintivo de los contratos de concesión de obras o de servicios, es un concepto que define la Directiva de concesiones, pero que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En tal sentido, la jurisprudencia comunitaria, 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).

Tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones fijadas en el acuerdo marco examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicios públicos y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede. En tal sentido, el acuerdo marco está configurado por 6 lotes -correspondiendo a seis de las ocho provincias de Andalucía-, previéndose dentro de cada lote uno o varios distritos que agrupan una o varias localidades. Tanto la adjudicación del acuerdo marco como la de los contratos derivados del mismo se efectúa por lotes.



Asimismo, el Anexo I-A del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece un precio unitario por sesión de 18,00 euros y el Anexo I-C del mismo pliego señala el número de sesiones anuales por lote calculadas sobre la base del número de menores registrados en el sistema de información de atención temprana en el periodo de un año.

Por último, la cláusula 22.3 del PCAP prevé que la Administración abonará el precio mediante un pago mensual único correspondiente a la duodécima parte del importe de adjudicación y el pliego de prescripciones técnicas (PPT) contiene previsiones sobre el régimen de funcionamiento del concierto, así como múltiples requerimientos a cumplir por el adjudicatario en la ejecución de la prestación.

A la vista de esta regulación contenida en los pliegos, y como reiteradamente hemos venido manifestando ante prestaciones similares calificadas en los pliegos como gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto (v.g. Resolución 41/2016, de 18 de febrero y 249/2016, de 14 de octubre), la prestación aquí examinada se incardina en el objeto propio del contrato de servicios, pues no se traslada al contratista riesgo alguno en la explotación del servicio.

Antes al contrario, en el PCAP se fija el presupuesto anual por lote, el precio unitario por sesión, el número de sesiones anuales y la retribución mensual del contratista que será una duodécima parte del importe de adjudicación sin perjuicio de las compensaciones que procedan a partir del undécimo mes de ejecución contractual, a lo que se une el hecho de que tampoco se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues ya se ha indicado anteriormente que el PPT contiene detalle de indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario, lo cual abunda en la idea de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como



instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Es más, el informe al recurso reconoce abiertamente que no hay transferencia de riesgo operacional al contratista, si bien sorprende que, una vez hecha esta afirmación, no incardine la prestación en la propia de un contrato de servicios y siga sosteniendo que estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos que no merece la consideración de sujeto a regulación armonizada.

En definitiva, pues, hemos de concluir que la ausencia de transferencia de riesgo operacional al contratista determina que estemos en presencia de un contrato de servicios que se halla sujeto a regulación armonizada por su valor estimado. Por tanto, siendo objeto de impugnación la resolución de adjudicación, resulta procedente el recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 y 2 del TRLCSP.

Al respecto, la citada Resolución 249/2016 resolvió dos recursos interpuestos por sendas entidades contra los pliegos que regían la licitación del primer acuerdo marco que establecía asimismo las condiciones a que las habrían de ajustarse los contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concierto, del servicio de atención temprana. En ella se puso de manifiesto, al igual que en el presente supuesto, que estábamos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

Pues bien, siendo los pliegos de ambas licitaciones -las del primer y segundo acuerdo marco- prácticamente iguales, no habiéndose interpuesto por la Administración contratante recurso contencioso-administrativo contra dicha Resolución 249/2016 -al menos a este Tribunal no le consta-, adquiriendo por tanto firmeza la misma, resulta cuanto menos paradójico que el órgano de contratación vuelva a licitar idéntica prestación con la misma calificación de gestión de servicio público en vez de servicios, y vuelva a transcribir



exactamente la misma alegación que ya hizo en los recursos contra el primer acuerdo marco para defender que la prestación ha de calificarse como de gestión de servicio público y no de servicios.

Por ello, lo alegado por el órgano de contratación sobre la adecuada tipificación del contrato como de gestión de servicio público, al tener como finalidad discutir lo que ya fue objeto de enjuiciamiento en la mencionada Resolución 249/2016, no puede ser tenido en cuenta y si el órgano de contratación no estaba de acuerdo con la recalificación efectuada por este Tribunal debió de haber impugnado dicha resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, como se ha expuesto anteriormente, la resolución de adjudicación, de 31 de marzo de 2017, fue publicada el mismo día en el perfil de contratante, sin que la misma haya sido remitida para su notificación a las ahora recurrentes con carácter previo a la interposición del presente recurso.

Al respecto, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

Por su parte, el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP), de aplicación por mor del apartado primero de la disposición transitoria sexta del TRLCSP, dispone que toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado.

Por otra parte, el artículo 53.2 del TRLCSP señala que en todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación de los contratos.



De lo anterior se infiere, en lo que aquí interesa, que la publicación de la adjudicación en el perfil de contratante, aun siendo necesaria por exigirlo así la ley, no es suficiente debiendo notificarse aquella individualmente a los interesados en el procedimiento, salvo que en el anuncio y en los pliegos se haga constar la fecha en que se publicará en el perfil de contratante el acuerdo de adjudicación, circunstancia esta última que no acontece en el supuesto examinado pues el párrafo segundo de la cláusula 10.8 del PCAP del acuerdo marco dispone que la resolución de adjudicación será notificada directamente a las adjudicatarias y a las restantes licitadoras y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

Así pues, en el supuesto examinado, es necesaria la notificación individual de la resolución de adjudicación, salvo que las recurrentes reconozcan como ocurre en el presente caso que han tenido conocimiento del alcance y contenido de la adjudicación, debiendo por ello iniciarse el plazo de interposición de los quince días hábiles a partir del momento en que las interesadas realicen actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso, conforme al último párrafo del artículo 19.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Así pues, tomando como “dies a quo” el 3 de abril de 2017, fecha de entrada del recurso en el Registro de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

No puede, por el contrario, admitirse la alegación del órgano de contratación cuando en su informe al recurso señala que el mismo debería de inadmitirse por haberse interpuesto fuera plazo, en base al tiempo transcurrido desde la notificación de la exclusión de las ahora recurrentes y la notificación por parte del Tribunal de la interposición del presente recurso.



El órgano de contratación basa su alegato en que la exclusión de las ahora recurrentes les fue notificada mediante escrito del secretario de la mesa de contratación con el visto bueno de su presidente en la que se transcribía el acuerdo adoptado por la misma. Aunque no consta la fecha de notificación de dicho acuerdo, sí se tiene constancia del acto posterior de 6 de marzo de 2017 de las ahora recurrentes aportando sobre 3, cuya ausencia motivó la citada exclusión.

Pues bien, argumenta el órgano de contratación que debería inadmitirse el recurso dado el tiempo transcurrido desde la notificación de la exclusión y la interposición del recurso, sin tener en cuenta que las ahora recurrentes con fecha 7 de marzo de 2017 de registro de entrada en el órgano de contratación, presentan un escrito que, aunque de forma poco ortodoxa lo califican de recurso especial en materia de contratación y el órgano de contratación le da el calificativo de “escrito de alegaciones”, interpretando que el mismo no era un recurso especial, cuestión esta que corresponde en exclusiva a este Tribunal.

De admitirse el alegato del órgano de contratación se estaría dejando en completa indefensión a las ahora recurrentes que, tras recibir notificación de su exclusión del procedimiento -defectuosa pues en la misma no consta si con ese acto se pone fin o no a la vía administrativa, ni la expresión de los recursos que proceden, ni el órgano ante el que hubieran de presentarse ni el plazo para interponerlos-, presentaron escrito de recurso especial ante el órgano de contratación -aunque no de forma muy ortodoxa- quien no procedió a tramitarlo ante este Tribunal.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

Con carácter previo este Tribunal ha de poner de manifiesto que el escrito presentado por las ahora recurrentes el 21 de abril de 2017, en el que comunican que el órgano de contratación les ha notificado la resolución de adjudicación y



anuncian la interposición de recurso especial contra la misma, en nada afecta al contenido de la presente resolución pues se trata del anuncio de un hecho futuro que de producirse será analizado y resuelto por este Órgano.

Fundan su pretensión las recurrentes en una serie de argumentos que serán analizados en este y en los posteriores fundamentos de derecho.

En el primer y principal motivo del recurso, las recurrentes combaten su exclusión, la cual según consta en el acta de la mesa de contratación de 2 de marzo de 2017, lo fue por no presentar sobre 3 alguno, ni, por tanto, oferta por lo que a juicio de la mesa se hace innecesaria su continuidad en la licitación, al hacerse imposible llegar al conocimiento de cual sería su proposición.

Alegan las recurrentes que la no presentación del sobre 3 es subsanable. A su juicio, si la mesa de contratación considera que la entrega de un documento es subsanable, la entrega de una información -aunque sea un sobre- que tienen que abrir y estudiar una semana más tarde, también puede ser objeto de subsanación pues la falta de documentación, ya sea un certificado del sobre 1, o un anexo, o un sobre 3, o una oferta, no deja de ser documentación y por ello subsanable. A lo anterior hay que unir el hecho, según manifiestan, que dicho sobre 3 le llegó a la mesa horas después por vía telemática, por lo que dejó de hacerse imposible el conocimiento de la proposición.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras transcribir el contenido de la cláusula 9.1 del PCAP “Lugar y plazo de presentación” y el artículo 145.1 y el apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, concluye que *“La alegación de la entidad licitadora adolece de error en relación a la posibilidad de presentación de proposiciones en un momento posterior al establecido en el procedimiento de licitación, habida cuenta de que conforme a la Disposición Final Tercera del TRLCSP, los procedimientos regulados en esta ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y sus*



*normas de desarrollo, siendo por tanto, ley especial de aplicación en esta materia.”*

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la cuestión suscitada en este primer motivo del recurso.

Con carácter previo, se ha de aclarar por este Tribunal la afirmación de las recurrentes de que debe de anularse la exclusión porque la mesa de contratación basa su decisión en una ley y un decreto ya derogados -Ley 30/2007, de 30 de octubre y Decreto 39/2011, de 22 de febrero-, dado que a su juicio la disposición final primera del TRLCSP dispone que quedan derogadas todas las leyes de igual o menor rango que se opongan a la presente ley, citando de forma explícita la Ley 30/2007.

Pues bien, las referencias citadas por la mesa de contratación son las relativas a los artículos 22.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 7.1 del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados y el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, normas que están actualmente vigentes, no habiéndose derogado ninguna de ellas por el TRLCSP como pretenden las recurrentes.

En cuanto a la denuncia de las recurrentes de que la no presentación del sobre 3, conteniendo la oferta, debe considerarse por la mesa de contratación como un defecto subsanable, es necesario traer a colación la cláusula 9.2 del PCAP “Forma de presentación” que dispone lo siguiente:



*«a) En aquellos casos en que el acuerdo marco se adjudique, mediante procedimiento abierto, las personas licitadoras deberán presentar tres sobres, firmados y cerrados, de forma que se garantice el secreto de su contenido, señalados con los números 1, 2 y 3.*

*b) En aquellos casos en que el acuerdo marco se adjudique, mediante procedimiento restringido, las personas candidatas presentaran, dentro del plazo señalado en el anuncio, el sobre numero 1, firmado y cerrado, de forma que se garantice el secreto de su contenido, con excepción de la garantía provisional que, en su caso, se hubiese exigido.*

*Posteriormente, de conformidad con lo establecido en la clausula 10.3, el órgano de contratación o la Mesa de contratación resolverá sobre la admisión de las personas candidatas e invitara por escrito a las admitidas, las cuales deberán presentar, en el plazo que se señale en la propia invitación, los sobres señalados con los números 2 y 3, firmados y cerrados, de forma que se garantice el secreto de su contenido.*

*c) Para ambos supuestos, cuando en el anexo I-A se indique que solo se utilizara como criterio de adjudicación el del precio mas bajo, unicamente se presentaran los sobres 1 y 3.*

*d) Asimismo, para ambos supuestos, cuando en el anexo VII solo se utilicen como criterios de adjudicación criterios evaluables de forma automática, unicamente se presentaran los sobres 1 y 3.*

*En cada uno de los sobres figurara externamente el nombre de la persona licitadora y, en su caso, de la persona representante, domicilio social, teléfono, correo electrónico y fax a efectos de comunicaciones, así como el numero del expediente y la denominación del acuerdo marco al que licitan.*

*Toda la documentación de las proposiciones presentadas deberá venir en castellano. La documentación redactada en otra lengua deberá acompañarse de la correspondiente traducción oficial al castellano.*

*En el interior de cada sobre se hará constar en hoja independiente su contenido siguiendo la numeración que se especifica en las clausulas 9.2.1, 9.2.2. y 9.2.3.»*

Por su parte, el anexo I-A del citado PCAP, por remisión de su cláusula 8, establece que el procedimiento de adjudicación es el abierto y en su anexo VII solo se establecen criterios de adjudicación evaluables de forma automática por lo que en aplicación de los apartados a) y d) de la descrita cláusula 9.2 del



mencionado PCAP, las licitadoras deberán presentar en el presente supuesto dos sobres, firmados y cerrados, señalados con los números 1 y 3; el número 1 conteniendo la documentación general acreditativa de los requisitos previos (cláusula 9.2.1 del PCAP) y el número 3, la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas (cláusula 9.2.3 del PCAP) .

Por tanto, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, la omisión en la presentación de alguno de los sobres -como ocurre en el supuesto examinado que no se presentó el sobre 3- supone un incumplimiento claro y manifiesto del PCAP que ha de desembocar, inexorablemente, en la exclusión de la licitadora, pues presenta su proposición de forma parcial e incompleta.

La posibilidad de que la mesa de contratación, o en su caso, el órgano de contratación admitiese la presentación de alguno de los sobres -el 1 ó el 3- con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas, como pretenden las recurrentes, supondría un ataque frontal al principio de igualdad de trato entre las licitadoras.

En este sentido, este Tribunal ha admitido que la mesa de contratación, o en su caso, el órgano de contratación puedan solicitar aclaraciones a las proposiciones presentadas por las licitadoras cuando entienden que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando perciben que se han de corregir errores materiales en la redacción de las mismas, siempre y cuando dicha aclaración no suponga la posibilidad de que se modifique y/o amplíe el contenido de la oferta inicial (v.g. Resoluciones 317/2015, de 15 de septiembre, 331/2015, de 1 de octubre, 283/2016, de 11 de noviembre y 41/2017, de 2 de marzo, entre otras muchas), pero no puede considerarse error material susceptible de corrección y/o aclaración la falta de presentación del sobre conteniendo la oferta de las licitadoras, pues su admisión posterior, como se ha expuesto, supondría el quebranto del principio de igualdad de trato entre las mismas (artículo 1 del TRLCSP).



De admitirse la pretensión de las recurrentes se estaría permitiendo que estas pudiesen presentar parte del contenido de su oferta con posterioridad a la fecha de finalización de presentación de proposiciones, contando con ello con un mayor plazo para su confección que el resto de potenciales licitadoras y cuando ya pueden tener conocimiento del número y denominación de las que efectivamente hubiesen podido presentarse.

En definitiva, deben soportar las recurrentes las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la presentación de su oferta.

Procede, pues, la desestimación de este primer motivo del recurso.

**SEXTO.** En el segundo de los motivos del recurso, las recurrentes denuncian que la oferta adjudicada es desproporcionada, sin que se haya producido la audiencia entre la adjudicataria y la mesa de contratación para su aclaración como exigen los apartados 2 y 3 del artículo 152 del TRLCSP.

Alegan que la oferta de la adjudicataria de 20.064 sesiones anuales por importe de 17,90 euros por sesión y ratio ofertado de 1/20 es desproporcionada en relación con las 12.540 sesiones anuales previstas para el lote 1.C.3. Roquetas de Mar. A su juicio, la mesa ha adjudicado algo que es irreal.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso no se manifiesta respecto de este segundo alegato del recurso.

Pues bien, para resolver este segundo motivo del recurso es necesario analizar la naturaleza de la exigencia de las ofertas que debían presentar las licitadoras.

Sobre el particular, en los anexos del PCAP, V-A “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas” y VII “Criterios de adjudicación y baremos de valoración. Criterios de adjudicación



ponderables de forma automática”, se establece que el contenido de la oferta de las distintas licitadoras -sobre 3- deberá comprender la documentación relativa a la formación complementaria, a la ratio profesional / menores atendidos y a la oferta económica, sin que en ninguno de ambos anexos -V-A y VII- se haga referencia al número de sesiones anuales ofertadas.

Sin embargo, el anexo V-B del citado PCAP “Modelo de proposición económica” establece la necesidad de que por las distintas licitadores en su oferta económica *«Se señalarán el numero total de sesiones anuales que la entidad licitadora tenga capacidad de asumir para cada uno de los lotes a los que se oferte, en relación con los menores a atender señalados como mínimo, con independencia del numero de sesiones que por cada uno de estos lotes conformen la licitación, de forma que pueda aumentarse el numero de sesiones inicialmente adjudicadas, en función de la disponibilidad presupuestaria de la Administración contratante. Se considera incluida en la sesión toda aquella realizada por los profesionales sobre el menor, la familia y el entorno incluyendo la recogida y cumplimentación de datos en el sistema de información temprana Alborada, entendiéndose que, con carácter general, el 75 por ciento de este tiempo debe estar dirigido a la intervención sobre el menor.»*

De lo anterior se infiere que la exigencia del pliego de que las licitadoras señalen el número total de sesiones anuales que tengan capacidad de asumir, lo es a los únicos efectos de un eventual incremento que el órgano de contratación pudiese establecer en un futuro del número de sesiones inicialmente adjudicadas y ello con independencia del numero de sesiones que para cada lote conforman la licitación.

Así pues, el número de sesiones anuales indicadas por la adjudicataria -20.064- en nada influye en el importe de 17,90 euros ofertado por cada sesión y el número de sesiones anuales previstas en el pliego que ha de realizar -12.540-.

Visto lo anterior, se comprueba por este Tribunal que la oferta de 17,90 euros por sesión propuesta por la adjudicataria no esta incurra en valores anormales,



una vez aplicados los parámetros objetivos para considerar una oferta anormal o desproporcionada previstos en el anexo VIII del PCAP.

Procede, asimismo, la desestimación de este segundo motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** En el tercero de los motivos del recurso, las recurrentes denuncian que en la página 22 del PCAP se hace mención a la ya derogada Ley 30/1992, así como la existencia de varios errores de forma; así en el anuncio de la licitación se establece que la tramitación de procedimiento es urgente, sin embargo según el citado pliego es ordinaria; incluso -señalan las recurrentes- en el anexo I-B del pliego se mencionan expedientes que no son de esta licitación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que ninguna de las licitadoras en el presente procedimiento ha sufrido el error que ponen de manifiesto las recurrentes en sus alegaciones, en referencia a las dificultades de comprensión de lo establecido en el PCAP para la presentación de proposiciones.

Sobre este particular, este Tribunal sin entrar a prejuzgar dichas afirmaciones de las recurrentes, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, de 2 de marzo y 74/2017, de 21 de abril, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *“pacta sunt servanda”*, y teniendo en cuenta que las recurrentes no impugnaron los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes.

Por último, las recurrentes en el exponiendo décimo de su recurso solicitan a este Tribunal la nulidad del proceso de adjudicación, en caso de omisión y adjudicación del contrato sin que se haya resuelto el presente recurso.



Sorprende cuanto menos a este Órgano esta petición de las recurrentes que parte de la condición futura de que el contrato se adjudique, cuando a lo largo del recurso se expone claramente el conocimiento del contenido de la resolución de adjudicación del contrato, atacando la misma como se ha analizado y resuelto en el fundamento de derecho sexto de la presente.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas, procede desestimar el recurso en su integridad.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **M.A.M.P., B.C.R., E.M.R., I.F.R. y N.L.C.** contra la Resolución, de 31 de marzo de 2017, por la que se adjudica el acuerdo marco denominado “Segundo acuerdo marco que establece las condiciones a que las habrán de ajustarse los contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concierto, del servicio de atención temprana, mediante procedimiento abierto”, respecto del Lote 1.C.3. Roquetas de Mar (Expte. 1/2017), convocado por la Consejería de Salud.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal por Resolución de 20 de abril de 2017.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.



**CUARTO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

