

Recurso 81/2017**Resolución 105/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 19 de mayo de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AL ALBA EMPRESA DE SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Guillena, de 30 de marzo de 2017, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Guillena” (Expte. 241/2016), convocado por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 7 de octubre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo el 26 de octubre de 2016, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 259, el 31 de octubre de 2016 en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm. 253 y el 6 de octubre de 2016, en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Guillena.



El 27 de octubre de 2016 se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Guillena nota aclaratoria al pliego de cláusulas administrativas particulares.

El valor estimado del contrato asciende a 1.920.000 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento de adjudicación del contrato se encontraba la ahora recurrente.

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, le 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 (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Tras la valoración y clasificación de las ofertas presentadas, la mesa de contratación en sesión celebrada el 7 de febrero de 2017 elevó al órgano de contratación propuesta de adjudicación del presente contrato a la entidad CLECE, S.A. como oferta económicamente más ventajosa.

Con fecha 7 de marzo de 2017 -una vez presentada la documentación requerida por la empresa CLECE S.A.- el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Guillena propone al Pleno que, previo dictamen de la Comisión Informativa correspondiente, acuerde adjudicar el presente contrato a dicha entidad.

CUARTO. El 13 de marzo de 2017 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AL ALBA EMPRESA DE SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 10 de febrero de 2017, por el que se requería a la empresa que había presentado la oferta económicamente más ventajosa para que presentase la documentación previa a la adjudicación, en relación al contrato antes mencionado.



El 27 de marzo de 2017, este Tribunal dicta Resolución 63/2017 de inadmisión al considerar que dicho acto no era susceptible del citado recurso.

QUINTO. En sesión ordinaria celebrada el día 30 de marzo de 2017, el Pleno del Ayuntamiento de Guillena acordó la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución, siendo remitida la notificación a la entidad recurrente el 4 de abril de 2017.

Con fecha 11 de abril de 2017, se presenta en la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AL ALBA EMPRESA DE SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L. contra el citado acuerdo de 30 de marzo de 2017. El escrito tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 17 de abril de 2017.

SEXTO. El 18 de abril de 2017, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole, entre otra documentación, el expediente de contratación, el informe relativo al recurso presentado, y un listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, siendo recibida la documentación el 21 de abril de 2017.

SÉPTIMO. El 24 de abril de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados concediéndoles un plazo de 5 días para que presentaran alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad CLECE, S.A..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Respecto a la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local, el artículo 41.4 del TRLCSP en lo



referente a los recursos de las Corporaciones Locales, remite a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia.

En lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de dicha disposición estatal, hay que estar a lo dispuesto en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, concretamente a su artículo 10, el cual no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas 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 el presente supuesto, el Ayuntamiento de Guillena (Sevilla) ha remitido escrito a este Tribunal en el que comunica que no dispone de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en su ámbito, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

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. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los contratos y actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de



Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

El artículo 44.2 y 3 del TRLCSP dispone que “2. *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.*

(...)

3. *La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.*

Así, el día inicial del cómputo del plazo de quince días hábiles es el 5 de abril de 2017, por lo que el plazo final para la presentación del recurso vencía el día 27 de abril de 2017.

En el caso que nos ocupa, el recurso especial fue presentado en el Registro de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería el 11 de abril de 2017, recibándose en el Registro de este Tribunal el 17 de abril. Por tanto, en virtud del citado artículo 44.3 del TRLCSP, ha de considerarse como fecha de entrada del mismo el 17 de abril de 2017, fecha correspondiente a la recepción del escrito en el Registro de este Tribunal, por lo que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

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



En primer lugar, señala la recurrente en su escrito que, en lo que se refiere a los criterios cuantificables de forma automática, la mesa de contratación ha fijado, a posteriori, una serie de criterios no recogidos en los pliegos, resultando, además, que cinco empresas han coincidido exactamente con lo señalado por la mesa, obteniendo la máxima puntuación.

Así, señala la recurrente que el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) establecía una serie compromisos especiales o mejoras a ofertar por los licitadores sin coste alguno para el Ayuntamiento, además de recoger que no serían puntuados los que a criterio de la mesa de contratación fuesen irrealizables, habiendo establecido la mesa unos criterios que resultan ser contradictorios, lo que ha conllevado que no se le haya valorado su oferta en determinados aspectos.

Asimismo, en su escrito de recurso plasma unos cálculos acerca de los costes que supondrían los servicios por ella ofertados.

Por todo ello, solicita que sea dictada resolución en la que se resuelva establecer unos criterios coherentes con ese principio de “irrealizable” y se anule la no baremación en los aspectos recogidos en los apartados 1.1 y 1.3 de su oferta.

Por su parte, señala el órgano de contratación en su informe que las alegaciones presentadas por la recurrente se basan esencialmente en una interpretación de la cláusula 7.2 del PCAP que rige el contrato.

En este sentido, manifiesta el órgano de contratación que, a fin de dar respuesta a las consultas realizadas por algunas empresas interesadas en la licitación, el Departamento de Bienestar Social del Ayuntamiento redactó una nota aclaratoria que para el general conocimiento de posibles interesados y a fin de garantizar la igualdad de trato e información, fue publicada en el perfil de contratante el día 27 de octubre de 2.016, con anterioridad incluso a la publicación del anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Provincia.



La nota aclaratoria, sigue señalando el órgano en su informe, resalta que el concepto de “irrealizable” se refería a la realidad en la ejecución del servicio actual de ayuda a domicilio en este municipio, es decir, el departamento que gestiona el servicio objeto del contrato consideraba irrealizables aquellos servicios que superasen la cifra que se determinaba, por innecesaria en el municipio.

Concluye el órgano de contratación manifestando que no se puede calificar de casual, y aun menos sospechosa, la coincidencia de las ofertas de aquellas empresas que con la diligencia debida recabaron la información del portal donde debe publicarse y obtenerse la información relativa a la contratación administrativa.

Por último, pone de manifiesto en su informe el órgano de contratación que aceptar las pretensiones de la recurrente supondría perjudicar a aquellos licitadores que, con la diligencia debida, han ajustado sus ofertas a lo publicado por el Ayuntamiento.

SEXTO. Expuestas en el anterior fundamento las alegaciones de las partes, procede abordar ahora los motivos del recurso, debiendo partir de la regulación de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP que rigió la licitación y de lo contenido en la nota aclaratoria publicada el 27 de octubre de 2016 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Guillena.

Establece el apartado 2 de la cláusula 7 del PCAP, “Criterios cuantificables de forma automática”, lo siguiente:

“1º. Compromisos especiales o mejoras que el licitador presente que redunden directamente en las personas beneficiarias del mismo, sin que suponga coste alguno para el ayuntamiento: Hasta un máximo de 25 puntos

- *Servicio de lavandería fuera del domicilio: hasta 10 puntos*
- *Ayudas técnicas a mayores (sillas de ruedas, camas articuladas...): hasta 10 puntos*



- Cobertura ocasional de necesidades relacionadas con la preparación de comidas: hasta 5 puntos

Se atribuirá la mayor puntuación a la mejor oferta (mayor número de servicios anuales) realizada en este sentido, y a las demás se les atribuirá la puntuación proporcional que corresponda.

No serán puntuadas aquellos compromisos que a criterio de la Mesa sean irrealizables”.

Por otra parte, la nota aclaratoria publicada en el perfil de contratante el 27 de octubre de 2016 señalaba que:

“Atendiendo a las dudas y consultas planteadas por diferentes empresas desde la publicación del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares que rige el contrato del Servicio de Ayuda a Domicilio, desde el Área de Bienestar Social se informa a través de esta nota aclaratoria de las distintas cuestiones planteadas.

En lo referido a la clausula 7.2 sobre los criterios cuantificables de forma automática en su apartado 1º, referido a compromisos especiales o mejoras que presente el licitador y a los efectos de aclarar cuales de aquellos compromisos no se considerarán como realizables, atendiendo a la realidad en la ejecución del servicio actual de ayuda a domicilio en este municipio, aquellos que superen cien servicios anuales de lavandería fuera del domicilio, cien ayudas técnicas anuales a mayores y ciento cincuenta servicios anuales de preparación de comidas.

Del mismo modo tenemos que aclarar que en base a la clausula 7.2 en su apartado 2º no se considerarán como realizables atendiendo a la realidad en la ejecución del servicio actual de ayuda a domicilio en este municipio, aquellos servicios relacionados con limpiezas generales que superen anualmente la cifra de treinta servicios.

Por otro lado, en lo que se refiere a las dudas sobre el número de beneficiarios que actualmente (octubre 2.016) se están beneficiando del servicio de ayuda a domicilio es de setenta y dos, el número de auxiliares que trabajan sábados, domingos y festivos son seis, y el número de casos atendidos en horario nocturno de 22:00 a 7:00 actualmente es ninguno. En lo que respecta a la aclaración sobre el número de



trabajadoras/trabajadores que actualmente están prestando los servicios es de treinta y una auxiliares y una coordinadora, siendo contratos cuyas características se detallan en la siguiente relación: (...)”.

Pues bien, tal y como se desprende de las alegaciones de la recurrente resulta evidente que ésta no tuvo conocimiento de la nota aclaratoria publicada, pudiendo afirmarse, a tenor de lo dispuesto en la cláusula 7.2 del PCAP, 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. De este modo, adiciona qué habrá de entenderse por “irrealizable” a la hora de proceder a la valoración de las ofertas, lo que supone una mayor concreción del criterio que resulta sustancial para la posterior evaluación de las ofertas, hasta el punto de que la oferta irrealizable no será puntuada. Se trata, pues, de una modificación sustancial del pliego y no una simple interpretación o aclaración.

En este sentido, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 408/2015, de 4 de diciembre, *“resulta claro que cualquier modificación del contenido de los pliegos -obedezca la misma a un error material o a una infracción de otro tipo- ha de tener la misma publicidad que la convocatoria de la licitación. Por tanto, en el supuesto examinado no es suficiente la publicación de la rectificación en el perfil de contratante, puesto que la licitación se anunció también en el DOUE y en el BOE, y no quedaría completada la publicidad de dicha rectificación si solo se tuviera conocimiento de la misma por el perfil de contratante. No en vano -aún refiriéndose a los anuncios- el artículo 75 del RGLCAP señala que «Cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que estos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones.»”*

En el presente caso, se han modificado condiciones esenciales de la licitación sin la debida publicidad, conculcándose los principios de publicidad, transparencia libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato. Y, aun cuando la



intención de órgano de contratación era loable, lo cierto es que la insuficiente publicidad ha tenido como consecuencia que no todos los licitadores hayan tenido ocasión de preparar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que iban a ser valorados, lo que ha impedido que se pudiesen formular en condiciones de plena igualdad.

A estos efectos, conviene traer a colación lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 16 de septiembre de 2013, (Asunto T-402/06) donde parte de que todas las actuaciones e interpretaciones han están condicionadas al respeto del principio de igualdad de trato:

“66. El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011,



Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).”

Por tanto, llegados a este punto, al haber resultado acreditada la existencia de una infracción insubsanable de las normas procedimentales, y no haberse producido el desistimiento por parte del órgano de contratación con carácter previo, la única forma de dar respuesta a lo solicitado por la recurrente -en el sentido de que se establezcan unos principios coherentes con ese principio de irrealizable-, sería anular los pliegos y todo el procedimiento de licitación.

En el presente caso, además, no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación de los pliegos, pues resulta evidente que no tuvo conocimiento de la misma hasta el momento en que se llevó a cabo la valoración de las ofertas.

Por tanto, hemos de concluir que la valoración en base a una modificación irregular de los pliegos sin la debida publicidad y la posterior resolución de adjudicación, son contrarias a Derecho, procediendo, en consecuencia, declarar la nulidad de las mismas y de todo el procedimiento de licitación al ser nula aquella modificación realizada por vía de aclaración que ha provocado desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas, debiéndose aprobar unos nuevos pliegos y convocar otra vez la licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AL ALBA EMPRESA DE SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Guillena, de 30 de marzo de 2017, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de ayuda a



domicilio del Ayuntamiento de Guillena” (Expte. 241/2016), convocado por el citado Ayuntamiento, y en consecuencia declarar la nulidad del mismo y de todo el procedimiento de licitación al haber incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo expuesto en la presente resolución, debiéndose aprobar unos nuevos pliegos y convocar otra vez la licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. 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.

