

Recurso 103/2018**Resolución 160/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INEPRODES, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión, en la modalidad de concesión, del servicio de ayuda a domicilio derivado del sistema para la autonomía personal y atención a las dependencias, así como del servicio de ayuda a domicilio como prestación básica de los servicios sociales” (Expte. 408/2018), convocado por el Ayuntamiento de Castro del Río (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 16 de febrero de 2018, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba núm. 34 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio fue publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Castro del Río el 20 de febrero de 2018, habiendo sido los pliegos puestos a disposición de las licitadoras con anterioridad, esto es, el 7 de febrero de 2018.



El valor estimado del contrato es de 641.167,50 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 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. El 22 de febrero de 2018, se presentó por la entidad INEPRODES, S.L. (en adelante INEPRODES), en la oficina de Correos de Cabra (Córdoba), escrito de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación del contrato citado en el encabezamiento. El citado recurso tuvo entrada en el Registro general del Ayuntamiento de Castro del Río con fecha 27 de febrero de 2018.

Posteriormente, el 26 de marzo de 2018, tiene entrada en el Registro de este Tribunal escrito presentado por la entidad INEPRODES comunicando la interposición del citado recurso ante el órgano de contratación.

CUARTO. Con fecha 27 de marzo de 2018 se da traslado al órgano de contratación de dicha comunicación y, mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 28 de marzo de 2018, se le requiere el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y un listado de licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida junto con el escrito de recurso especial, a excepción del listado de licitadoras, tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 16 de abril de 2018.

QUINTO. Con fecha 20 de abril de 2018, una vez concluido el plazo de presentación



de ofertas, se requiere al órgano de contratación para que remita el listado de licitadoras, siendo recibido en este Tribunal con fecha 23 de abril de 2018.

SEXTO. Con fecha 26 de abril de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya presentado ninguna dentro del plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 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.

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.”*

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011 permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del



ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquellos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Castro del Río comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, ni ha solicitado la asistencia de la Diputación Provincial, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Procede analizar 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 terceras no licitadoras, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (427/2015, de 17 de diciembre, 7/2016, de 20 de



enero, 77/2016, de 21 de abril, 85/2017, de 2 de mayo, 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 concurrir en igualdad de condiciones con el resto de licitadoras. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella 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.

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 83/2016, de 21 de febrero y 85/2017, de 2 de mayo 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 las definiciones al respecto contenidas en la Directiva 23/2014/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión 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 221.000 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 a) 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.*

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 supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 20 de febrero de 2018, aunque los pliegos fueron puestos a disposición de las licitadoras el 7 de febrero de 2018. En consecuencia, independientemente de la fecha que tomemos en consideración, al haber tenido entrada el escrito de interposición del recurso en el Registro del órgano de contratación el 27 de febrero de 2018, presentado en la oficina de Correos el 22 de febrero de 2018, aquel se encuentra interpuesto dentro del plazo legal indicado.

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 “Iniciativas empresariales”, por entender que el mismo es contrario al principio de igualdad.

El criterio impugnado se describe en el apartado 3º del punto I del anexo IV del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), siendo su tenor el siguiente:

“3.- LAS INICIATIVAS EMPRESARIALES cuya trayectoria y labor destaquen en la creación de empleo estable en el colectivo de mujeres en el ámbito rural. Se acreditará mediante diploma o premio concedido. Tiene un valor de 5 puntos.”

La recurrente sostiene que estamos en presencia de un contrato cuyo objeto es la prestación del servicio de ayuda a domicilio, el cual no está relacionado con las iniciativas empresariales de generación de empleo, señalando que, en virtud de lo establecido en el artículo 150 del TRLCSP, estaríamos ante un criterio que no está directamente vinculado al objeto del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido señala que la normativa prevé la aplicación de cláusulas sociales como criterios de adjudicación siempre que éstos estén directamente vinculadas al objeto del contrato y, en el caso que nos ocupa, no existe esa vinculación directa, aunque sí indirecta. Por ello, considera el órgano de contratación que procedería la supresión de dicho apartado 3º del punto I del anexo IV del PCAP, manteniendo con validez el resto de apartados, de manera que la puntuación máxima de los criterios cuantificables automáticamente quedará fijada en 10 puntos.

SEXTO. Con carácter previo al estudio de los motivos en que el recurso se sustenta, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, pues implican un reconocimiento de la pretensión de la recurrente.

El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la normativa reguladora del recurso especial en materia de contratación, que se remite en lo no previsto en ella a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo



Común de las Administraciones Públicas, sin que en la citada ley tampoco se regule este reconocimiento de la Administración a las pretensiones de la recurrente, pues dicho reconocimiento solo puede concurrir en aquellos supuestos en que la Administración es parte en un procedimiento cuya resolución corresponde a otra instancia distinta.

Lo más similar lo encontramos en el proceso contencioso-administrativo, en cuya regulación el reconocimiento de las pretensiones de la recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso, salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Por ello, debe este Tribunal entrar en el fondo de la cuestión para determinar si la pretensión de nulidad del apartado 3º del punto I del anexo IV del PCAP, a la que el órgano de contratación se allana supone o no una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

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 sus límites en la exigencias derivadas del artículo 150 del TRLCSP.

Al respecto, el citado artículo 150 del TRLCSP señala en lo que aquí interesa lo siguiente:

"1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como (...).

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

(...).



5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.

(...)."

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 todas las licitadoras, y que se apliquen en pie de igualdad para todos estos, 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.

A este respecto, como recogía este Tribunal en su Resolución 85/2017, de 2 de mayo, 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 esta “*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*”.

En este sentido, resulta evidente que el criterio elegido no guarda relación con el objeto de contrato, ni supone una ventaja directa para el servicio, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución. Así pues, en el supuesto analizado, no podemos sino concluir que lo que se está valorando es una característica propia de la empresa, la cual no puede establecerse como criterio de adjudicación, pues no está directamente vinculado al objeto del contrato y origina un tratamiento no igualitario y discriminatorio de las licitadoras, sin que el



reconocimiento por parte del órgano de contratación de la pretensión de la recurrente suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el apartado 3º del punto I del anexo IV del PCAP, y retrotraer las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que en los nuevos que, en su caso, se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en esta resolución, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción, debiendo convocarse una nueva licitación. Sin que, por otra parte, pueda atenderse a lo solicitado por el órgano de contratación, en el sentido de que se mantenga la validez del resto de apartados, de manera que la puntuación máxima de los criterios cuantificables automáticamente quedara fijada en 10 puntos, pues, de no haber existido el criterio objeto de impugnación, las propuestas presentadas por las licitadoras podrían haber sido distintas.

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 **INEPRODES, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión, en la modalidad de concesión, del servicio de ayuda a domicilio derivado del sistema para la autonomía personal y atención a las dependencias, así como del servicio de ayuda a domicilio como prestación básica de los servicios sociales” (Expte. 408/2018), convocado por el Ayuntamiento de Castro del Río (Córdoba) y, en consecuencia, anular los mismos, debiendo procederse en los términos expuestos en esta Resolución.



SEGUNDO. Notificar la presente resolución a todos 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.

