



Recurso nº 268/2015 C.A. Galicia 35/2015

Resolución nº 395/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. O. F. S. , en nombre y representación de la entidad mercantil SERVICIOS DEPORTIVOS GALICIA, S.L. (SEDEGA) contra el acuerdo de adjudicación a favor de la empresa ARASTI BARCA MA S.L., de fecha de 9 de febrero de 2015 dictada por la alcaldía del Ayuntamiento de Narón en el expediente de contratación "*Servicio de monitores en las escuelas deportivas municipales*" del Ayuntamiento de Narón, este Tribunal, en sesión de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante resolución de la alcaldía de Narón de fecha 15 de octubre de 2014 se aprueba el expediente y los pliegos correspondientes al contrato que tiene por objeto la prestación del servicio de monitores deportivos para las escuelas municipales del Ayuntamiento de Narón.

Segundo. El día 24 de octubre se publica en el Boletín Oficial de la Provincia el anuncio para la licitación a que se refiere el número anterior de los antecedentes de hecho de la presente resolución.

Tercero. A la citada licitación se presentan las siguientes empresas; ARASTI BARCA MA S.L.; AXIÑA Servicios Deportivos S.L.; EULEN SPORT S.L.; FERROVIAL S.A.U.; HEBE SPORT S.L.; SERVICIOS DEPORTIVOS DE GALICIA, S.L.; SERVICIO CULTURA, DEPORTE Y RECREACIÓN S.L.; SERVIPLUS S.L.U.



Cuarto. La sociedad SERVICIOS DEPORTIVOS DE GALICIA, S.L. presenta el 17 de enero de 2015 escrito en el que advierte al órgano de contratación sobre la circunstancia de que las mejoras no pueden ser evaluadas ni evaluables en base a términos de coste al Ayuntamiento, pues en ese caso solamente pueden ser consideradas como mejoras. La mesa de contratación da respuesta al citado escrito comunicándoselo al interesado el día 28 de enero

Quinto. El día 6 de febrero de 2015 el órgano de contratación procede a adjudicar el contrato citado antes a la empresa ARASTI BARCA MA S.L. y el día 25 de febrero la empresa SERVICIOS DEPORTIVOS DE GALICIA S.L, interpone el recurso especial en materia de contratación que es objeto de la presente resolución, habiendo sido anunciado previamente mediante escrito presentado en fecha 24 de febrero.

Sexto. En su recurso la empresa, sucintamente, expone que en los Pliegos del contrato no se admite la posibilidad de incluir variantes con lo que solamente cabe la posibilidad de contemplar y ofertar mejoras, a las que también se refieren los pliegos del contrato otorgándoles la correspondiente puntuación. Sin embargo, toda vez que el criterio de valoración de las mejoras es el coste que las mismas suponen para el Ayuntamiento ellas tropiezan con el mismo concepto de mejoras legalmente establecido que deben ser, según opina el recurrente, gravosas para el licitador y beneficiosas para el órgano de contratación. Cita a los efectos de fundamentar su criterio diversas resoluciones de este Tribunal relativas a la admisibilidad y requisitos de las variantes y de las mejoras.

Por su parte, el órgano de contratación considera que resulta innegable que la cláusula establecida en los pliegos correspondientes al contrato cuya adjudicación se impugna, incluye las mejoras como criterio de valoración con una cláusula genérica que no delimita en qué consiste exactamente la mejora evaluable, comprometiéndose, por tanto, los criterios de igualdad y libre concurrencia. Frente a ello considera que procede la aplicación de los principio de celeridad y economía procedimental, en aras de salvaguarda la resolución impugnada ya que ésta permanecería igual, no obstante retrotraer las actuaciones tal y como pretende el recurrente, y cita a estos efectos, la resolución de este Tribunal 632/2014 en la que, concurriendo esa circunstancia a la que se ha hecho referencia, relativa a la irregularidad en la determinación de las mejoras, se



considera que procedería anular la adjudicación; señalando al respecto de la economía procedimental que “ahora bien, situados en esa tesitura, a la vista de las puntuaciones obtenidas en este apartado por la recurrente y la adjudicataria, ambas 4,5 puntos..., la adjudicación efectuada se mantendría invariable, por más que se acordara la retroacción de la actuación al momento inmediatamente anterior a la valoración.

Resulta pues, contrario al principio de economía procesal, derivado a su vez de los de eficacia (artículos 103 de la Constitución española y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y celeridad (artículo 74 de la LRJPAC), declarar la nulidad que en nada habría de afectar al sentido del acuerdo impugnado”. Considera así, el órgano de contratación que procede desestimar la pretensión del recurrente.

Séptimo. En fecha 23 de marzo de 2015, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes interesados a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente. Con fecha 27 de marzo de 2015, la empresa adjudicataria del concurso de referencia, ARASTI BARCA MA S.L., presentó escrito de alegaciones al recurso mencionado antes, en las que venía a señalar que todos los licitadores han concurrido en iguales condiciones en el concurso licitado y que, en consecuencia, procedía desestimar todas las peticiones del recurrente.

Octavo. Con fecha 31 de marzo de 2015, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.



Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Tercero. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en cuanto a la interposición del recurso. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP derivada de su condición de licitadora.

Cuarto. Efectivamente, tal y como expone el recurrente y admite el órgano de contratación en el informe que se evacúa respecto del recurso interpuesto, y que es objeto de esta resolución, no cabe admitir en los contratos las denominadas mejoras genéricas, proscritas por nuestro ordenamiento contractual vigente, y así es constante doctrina de este Tribunal, valiendo por todas, la resolución 467/2014, que se cita por el interesado y en la que, a estos efectos, se expone que *“El artículo 147 del TRLCSP, sobre la admisibilidad de variantes o mejoras establece que “cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente esa posibilidad”. El apartado 2 de este precepto exige imperativamente la precisión en el anuncio de licitación de los elementos y las condiciones en que queda autorizada la presentación de mejoras: “La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”.*

Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscribire las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan - Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012)- el



propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego.”

Por lo tanto, y dado que en el caso que nos ocupa, en el Pliego del contrato, concretamente en el de Cláusulas Administrativas del mismo, en su anexo IV, entre los criterios de adjudicación, se establece que “Criterios de valoración sujetos a ponderación: A- Plan de organización: 30 puntos; B- Proyecto de nuevas actividades deportivas que no organice el Ayuntamiento a través del servicio de deportes o (proyecto) de mejoras que proponga el licitador. En la oferta vendrán desglosadas indicando los medios que se aportan, valoración económica de las mismas y duración de la prestación. En el momento de valoración esta será proporcional al tiempo de prestación ofertada: 20 puntos”. Como puede observarse, y ello resulta claro en la Cláusulas transcrita, aun cuando el contenido incluido en el paréntesis es nuestro, se incluyen expresamente, como objeto de la valoración subjetiva, las mejoras que se propongan por el licitador, las cuales deberán desglosarse con su valoración económica y duración.

En definitiva, también es claro, que se están incluyendo mejoras que no cumplen con las exigencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico aplicable y, que de conformidad con la resolución parcialmente transcrita antes, procedería la anulación de los pliegos del contrato en la parte relativa al contenido referido a estas mejoras y la consiguiente retroacción del procedimiento a los efectos de no incluir en los pliegos contractuales las mismas o incluirlas de manera correcta y en los términos establecidos en nuestras constantes resoluciones, es decir, detallando las condiciones y requisitos al objeto de su correcta valoración. También debemos de considerar como estimable la propia argumentación del órgano de contratación que, en su informe, en el que incluye las alegaciones correspondientes al presente recurso, y según expusimos en los



antecedentes de hecho de esta resolución, se admite esta circunstancia, la de haber incluido contra esta doctrina, unas mejoras contrarias a los principio de igualdad y no discriminación de los licitadores y, por tanto, susceptibles de anulación.

Quinto. Pero debemos también señalar, y no obstante lo anterior, siguiendo los argumentos del propio órgano de contratación, que es cierto que es constante nuestra doctrina en el sentido de que, en aras de la economía procesal y de la eficacia, principios generales ambos de la actuación administrativa, dicha retroacción no procede cuando las valoraciones correspondientes al adjudicatario y al recurrente permanecerían inalteradas no obstante dicha retroacción, procediendo en tal caso, y en virtud de los citados principios, el mantenimiento del acto administrativo por el que se acuerda la adjudicación, toda vez que el contenido del mismo no se vería alterado si se produjese el efecto de la estimación del recuso especial interpuesto.

En el caso que nos ocupa, según entiende el órgano de contratación, concurriría esa circunstancia a la que se hace referencia en la resolución anteriormente transcrita, ya que la retroacción del expediente en nada afectaría a la adjudicación, puesto que la puntuación obtenida por el adjudicatario, fue siempre superior a la obtenida por el recurrente en todos los criterios de adjudicación, que subsistirían si se llevase a cabo la anulación del criterio impugnado por el recurrente; según se deduce de las reuniones mantenidas por la mesa de contratación, por lo que no procede esa retroacción pretendida por el recurrente. Efectivamente, a estos efectos, podemos citar la resolución que cita el propio órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal, esto es la resolución número 632/2014, en la que, en lo relativo al principio de economía procesal y a la eficacia del mismo, señalábamos que, *“aunque no reciben el calificativo de mejoras que han de ofertar o no los licitadores, lo cierto es que muchos de ellos obtienen cero puntos en el desglose de los apartados sin que ello haya supuesto su exclusión del procedimiento.*

Los razonamientos expuestos deberían llevar a anular la adjudicación. Ahora bien, situados en esa tesitura, a la vista de las puntuaciones obtenidas en este apartado por la recurrente y adjudicataria, ambas 4,5 puntos (véase documento nº 48 del expediente, informe técnico de valoración folios 43 y 46 respectivamente), la adjudicación efectuada



se mantendría invariable, por más que se acordara la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración.

Resulta, pues, contrario al principio de economía procesal, derivado a su vez de los de eficacia (artículos 103 CE y 3 LRJPAC) y celeridad (artículo 74 LRJPAC), declarar una nulidad que en nada habría de afectar al sentido del acuerdo impugnado, tal y como ha tenido ocasión de señalar ya este Tribunal (Resoluciones 214/2012 y 250/2013), en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 6 de noviembre de 1963, 11 de marzo de 1980, 28 de julio de 1986, 5 de abril de 1989, 30 de noviembre de 1993, 28 de abril de 1999, 12 de diciembre de 2000, 23 de febrero de 2012, entre otras).”

O también la citada en la misma resolución, la número 214/2012, en la que señalábamos que *“Pues bien, a la vista de lo indicado, y teniendo en cuenta que, en el caso de acordarse en el supuesto examinado la retroacción del procedimiento, la proposición económicamente más ventajosa continuaría siendo la formulada por la empresa la empresa IGNOS ESTUDIO DE INGENIERÍA, S.L., por lo que de la estimación parcial del recurso no derivaría ningún efecto sobre la adjudicación del contrato, en aras de la economía procesal entendemos que procede confirmar la resolución impugnada. En este sentido cabe citar la doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1993 –RJ 1994,1230- o de 28 de abril de 1999 –RJ 1999,4109-) conforme a la cual, con base en el principio de economía procesal, se advierte la “improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto o resolución que, en su caso, se dictase, subsanado el posible defecto formal, sea idéntico en sentido material al anterior”.*

Doctrina, la expuesta, plenamente refrendada por la del propio Tribunal Supremo, como se encargan de recordar las propias resoluciones que hemos transcrito parcialmente en ésta, quedándonos por tanto ahora tan sólo averiguar si tal doctrina resulta de aplicación a la situación que es objeto del presente recurso, tal y como el propio recurrente pretende en su escrito de recurso, es decir, cuando señala que se acuerde anular la adjudicación y se adjudique el contrato al propio recurrente, aunque esta es cuestión en la que el Tribunal ya se ha manifestado en numerosas ocasiones negando la posibilidad de sustituir al órgano de contratación hasta ese extremo consistente en



que la anulación conlleve una adjudicación efectuada por este Tribunal, cuando con carácter subsidiario pretende la anulación y consiguiente retroacción de actuaciones, en definitiva, lo que procede es analizar si la puntuación que corresponde al adjudicatario y al recurrente hubiese sido la misma, no obstante proceder la retroacción que se solicita por el recurrente.

En cuanto a este último extremo, procede analizar las valoraciones definitivas efectuadas por el órgano de contratación en el caso que nos ocupa, que dan lugar a la adjudicación, a fin de verificar si, tal y como defiende el órgano de contratación, las mismas se mantendrían equivalentes, no obstante proceder a la retroacción pretendida por el recurrente, de manera tal que no procede, en aras de los principios antes mencionados, llevar a efecto esa retroacción de las actuaciones llevadas a cabo por el órgano de contratación. Así, podemos observar que, en efecto, tales valoraciones no sufrirían alteración en el caso de efectuarse la retroacción y ello en el sentido de que en todo caso, entre el recurrente y el adjudicatario las variaciones en el caso de no efectuarse el cómputo de las mejoras indicadas permanecería inalterado dando, en definitiva, la ventaja al adjudicatario.

Efectivamente, descontando las valoraciones correspondientes a las mejoras en las efectuadas en el informe técnico y en el acuerdo adoptado por el órgano de contratación, nos encontramos con que la valoración del adjudicatario, en el aspecto primero de estos criterios susceptibles de valoración subjetiva, el plan de organización es de 30 puntos sobre los 30 posibles, acompañado ello con la correspondiente justificación técnica, mientras respecto del segundo de los aspectos podríamos decir subjetivos de valoración, el correspondiente a esas mejoras que darían lugar a la retroacción dan lugar a una puntuación de 14 puntos sobre 20; mientras que, por su lado la empresa recurrente, ha obtenido en esos mismos aspectos las siguientes puntuaciones, 20 puntos sobre 30 en el plan de organización, y 20 puntos sobre 20 en las mejoras anulables, dando lugar, por tanto y en definitiva, a una diferencia de puntos que mantendría inalterada la propuesta de adjudicación, y el acuerdo consiguiente, pues en el caso de que se anulase la puntuación correspondiente a esas mejoras, el plan de organización mantendría su lugar como criterio ponderable y en ese aspecto la diferencia es de cuatro puntos a favor del adjudicatario por lo que, como venimos



razonando hasta aquí, la puntuación definitiva no alteraría la posición del adjudicatario que sería siempre el mejor puntuado en el plan de organización al haber obtenido la máxima puntuación posible 30 puntos sobre 30 posibles, no así el recurrente que siempre se encontraría en una posición posterior, al haber obtenido en ese único criterio susceptible de puntuar en la hipótesis de retroacción, una puntuación de 20 sobre los 30 posibles, en definitiva inferior al adjudicatario.

Además, en el presente caso si a esa puntuación se añadiese la correspondiente a las ofertas económicas obtenidas tanto por el recurrente como por el adjudicatario, tampoco el acuerdo de adjudicación sufriría variación alguna, al haber obtenido en lo que respecta a esas ofertas económicas, una mayor puntuación al igual de lo que ocurre en el aspecto de los criterios susceptibles de valoración apreciables mediante un juicio de valor, el adjudicatario que el recurrente, y así lo podemos observar acudiendo al correspondiente acuerdo de adjudicación impugnado que señala al respecto que la oferta económica del adjudicatario tiene una puntuación de 48,67 puntos, mientras que el adjudicatario obtiene 48,30 puntos, dando lugar igualmente a una ventaja del adjudicatario sobre el recurrente que en el caso de no computarse las mejoras en los términos a que reiteradamente nos hemos referido, daría lugar a unas puntuaciones totales de 78,67 (30 puntos de valoración susceptible de juicio más 48,67 de puntuación económica), a favor del adjudicatario ARASTI BARCA MA SL; y 68,30 puntos (correspondientes a 20 más 48,30 puntos), a favor del recurrente SERVICIOS DEPORTIVOS GALICIA SL; dando lugar a esa ventaja definitivamente determinante de la desestimación del presente recurso.

En conclusión, debemos señalar que en el caso que nos ocupa, procediendo teóricamente, la anulación del acto impugnado por la irregularidad o nulidad del pliego administrativo del contrato cuya adjudicación es objeto de impugnación, por haber incluido éste como susceptibles de valoración mejoras que no quedan perfectamente identificadas en el propio pliego, no resulta adecuado pese a ello llevar a cabo la anulación y consiguiente retroacción de actuaciones, en virtud de los principio de economía y celeridad exigibles en toda actuación administrativa, al resultar inalterado aun a pesar de llevarse a cabo esa anulación y retroacción, el acuerdo correspondiente



a la adjudicación definitiva del contrato, por lo que procede desestimar íntegramente el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar íntegramente el recurso especial presentado por D. O. F. S. en nombre y representación de la entidad mercantil SERVICIOS DEPORTIVOS GALICIA, S.L. contra el acuerdo de adjudicación a favor de la empresa ARASTI BARCA MA S.L., de fecha de 9 de febrero de 2015, dictada por la alcaldía del Ayuntamiento de Narón en el expediente de contratación “*Servicio de monitores en las escuelas deportivas municipales*”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por parte del recurrente por lo que no procede la imposición de costas prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.