

**Recurso nº 299/2014 C.A. Valenciana 039/2014**

**Resolución nº 370/2014**

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. A.L.L.T., en representación de la mercantil SERUNION, S.A., contra el acuerdo de adjudicación, de fecha 24 de marzo de 2014, del contrato de servicios de prestación alimenticia en la residencia Caixa Ontinyent de Xátiva, para el período comprendido entre el 15 de marzo de 2014 al 31 de marzo de 2016, convocado por el Instituto Valenciano de Acción Social, con número de expediente IV-MY002/2014; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El Instituto Valenciano de Acción Social convocó mediante anuncio publicado el 19 de febrero de 2014 en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana licitación para adjudicar por el procedimiento abierto, tramitación urgente, el contrato de servicios de prestación alimenticia en la residencia Caixa Ontinyent de Xátiva para el período comprendido entre el 15 de marzo de 2014 al 31 de marzo de 2016. El valor estimado del contrato es de 328.207,44 €.

**Segundo.** El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación (en adelante PCP), estableció en el apartado J) 1 del Anexo I, bajo el título de Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, en el punto 4º, el siguiente criterio: "*Mejoras por actividades lúdicas y/o terapéuticas para los usuarios del Centro*". Fijándose en la forma de evaluar lo siguiente: "*se valorará hasta un máximo de 5 puntos, a razón de 1 punto por cada 1.000 € (IVA excluido)*". Asimismo, se dispone en cuanto a la forma de acreditar la mejora: "*los licitadores presentarán un compromiso de realización de las mejoras propuestas en actividades lúdicas y/o terapéuticas para los usuarios del Centro*".

*adscrito a la presente contratación. En caso de no llevarse a cabo la/s mejora/s propuesta/s, el importe previsto se descontará de la facturación del mes de diciembre del año previsto. Como justificante del importe de valoración de la mejora, el licitador aportará factura pro-forma de la misma y, tras su ejecución, deberá aportar la factura emitida a efectos de verificar el importe inicialmente previsto”.*

**Tercero.** La empresa SERUNION, S.A. incluyó en la documentación correspondiente al sobre B, compromiso de realización de actividades lúdicas y/o terapéuticas por importe de 5.000 € IVA excluido, adjuntando al compromiso pro-forma de factura.

**Cuarto.** Consta en el expediente de contratación informe de la Comisión de Valoración con la puntuación otorgada a cada uno de los cuatro licitadores que participaron en el procedimiento de adjudicación. En lo que a SERUNION, S.A. se refiere, la valoración del criterio 4º *“Mejoras por actividades lúdicas y/o terapéuticas para los usuarios del Centro”* incluido en el apartado J) 1 del Anexo I del PCP, se resuelve con 0 puntos bajo la siguiente motivación: *“La Comisión entiende que la mejora ofertada por la licitadora no detalla el tipo de actividades lúdicas a realizar al indicar expresamente “Desarrollo de actividades lúdicas y terapéuticas en el Centro Caixa Ontiyent”, por lo que se desconoce el contenido de la misma y no se justifica adecuadamente. Por lo tanto, la mejora no se acepta por la Comisión.”* El informe concluye otorgando a SERUNION, S.A. 24,70 puntos.

**Quinto.** Tras la apertura de ofertas económicas, la Mesa de Contratación propone adjudicar el contrato a SERVICIOS RENOVADOS DE ALIMENTACIÓN, S.A., empresa que obtiene la mayor puntuación en el proceso de adjudicación -95,12 puntos frente a 94,70 que obtiene la recurrente- a la que finalmente se adjudica el contrato por Resolución de 24 de marzo de 2014, notificada a la recurrente mediante fax el 27 de marzo.

**Sexto.** Con fecha 11 de abril de 2014, SERUNION, S.A. presenta recurso especial en materia de contratación, previsto y regulado en los arts. 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), contra el acuerdo de adjudicación a favor de SERVICIOS RENOVADOS DE ALIMENTACIÓN, S.A.

SERUNION, S.A. fundamenta la disconformidad a Derecho del acuerdo de adjudicación alegando, en síntesis, que las mejoras por actividades lúdicas y/o terapéuticas presentadas con su oferta se ajustaron a lo expresamente previsto en el Pliego, habiendo la Comisión de Valoración introducido criterios para su admisión y valoración no previstos en el Pliego, lo que ha generado a la recurrente indefensión al introducir arbitrariedad y subjetividad en la adjudicación del contrato.

**Séptimo.** Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado de informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las demás empresas licitadoras en fecha 22 de abril de 2014, otorgándoles un plazo común de alegaciones de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

**Octavo.** Con fecha 25 de abril de 2014 se dictó por este Tribunal Resolución adoptando la medida cautelar consistente en el mantenimiento de la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 45 del TRLCSP.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41, apartados 3 y 4, del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en el BOE nº 92 de 17 de abril de 2013.

**Segundo.** La mercantil SERUNION, S.A., concurrió a la licitación del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios de prestación alimenticia en la residencia Caixa Ontinyent de Xátiva para el período comprendido entre el 15 de marzo de 2014 al 31 de marzo de 2016 convocado por el Instituto Valenciano de Acción Social con número de expediente IV-MY002/2014, por lo que está legitimada para recurrir conforme señala el artículo 42 del TRLCSP.

**Tercero.** Se recurre el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios, incluido en la categoría 17 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con el artículo 40.1,b) y .2,c) del TRLCSP. Se han cumplido, asimismo, todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

**Cuarto.** La mercantil recurrente basa su recurso en la alegación de haber introducido la Comisión de Valoración en el apartado consistente en mejoras por actividades lúdicas y/o terapéuticas nuevos criterios para su admisión y valoración no previstos en el Pliego (que únicamente prevé la aportación de factura pro-forma y una valoración a razón de 1 punto por cada 1.000 € IVA excluido hasta un máximo de 5) lo que ha generado a la recurrente indefensión al introducir arbitrariedad y subjetividad en la adjudicación del contrato.

Por el contrario, el órgano de contratación considera que los Pliegos establecen que se trate de “mejoras propuestas”, lo que implícitamente obliga a concretar la mejora. Asimismo, considera necesario analizar si la mejora guarda relación con el contrato y si se ajusta al coste alegado por el licitador para su ejecución, lo que exige una mínima descripción de la mejora.

**Quinto.** Expuestas las posiciones de las partes, debe analizarse si la valoración de las mejoras que realiza la Comisión de Valoración se ha ajustado a lo previsto en el Pliego o si, por el contrario, se han introducido criterios de valoración nuevos, lo que como reiteradamente ha declarado este Tribunal no puede ser admitido por la desigualdad que produce en la valoración de las ofertas.

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”.*

De las normas transcritas se debe concluir que el TRLCSP proscribía las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y el 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, de 14 de diciembre, 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.

Debe, pues, analizarse en el concreto caso de autos si la Comisión de Valoración ha ponderado criterios no tenidos en cuenta en el Pliego para la valoración de las ofertas.

**Sexto.** Como se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, la cláusula del PCP que fija las mejoras que ahora se analizan y los criterios para su valoración, las define como *“Mejoras por actividades lúdicas y/o terapéuticas para los usuarios del Centro”* conteniéndose como único criterio de valoración el siguiente: *“se valorará hasta un máximo de 5 puntos, a razón de 1 punto por cada 1.000 € (IVA excluido)”*, concretándose su forma de acreditación con el siguiente tenor literal *“los licitadores presentarán un compromiso de realización de las mejoras propuestas en actividades lúdicas y/o terapéuticas para los usuarios del Centro adscrito a la presente contratación. En el caso de no llevarse a cabo la/s mejora/s propuesta/s, el importe previsto se descontará de la facturación del mes de diciembre del año previsto. Como*

*justificante del importe de valoración de la mejora, el licitador aportará factura pro-forma de la misma y, tras su ejecución, deberá aportar la factura emitida a efectos de verificar el importe inicialmente previsto”.*

En el acuerdo de la Comisión puede observarse que, más allá de lo preceptuado en el Pliego, se valora si la mejora se ajusta al objeto social de la empresa, si tiene medios suficientes para su ejecución, si el importe propuesto para la mejora es razonable o excesivo comparado con el precio medio de mercado, etc.; cuestiones que en el caso de la recurrente no han podido valorarse ante la falta de concreción de la mejora pero que sí se valoran en los demás licitadores concurrentes, y determina la no admisión de la mejora presentada en este punto por SERUNION, S.A., obteniendo en consecuencia 0 puntos en este apartado.

A estos efectos, es claro que el Pliego no exige explícitamente descripción concreta de la mejora, ni tampoco puede deducirse esta necesidad de concreción de los criterios que se recogen para su valoración, pues el Pliego no señala que vayan a ponderarse aspectos tales como la capacidad de la empresa para la prestación de la mejora, el precio fijado, su adecuación al objeto social de la empresa, etc.

Ello resulta llamativo si se atiende a la dicción literal del propio Pliego, en el mismo apartado, al determinar la forma de acreditar otro grupo de mejoras, las mejoras por Inversión en equipamiento del Centro. Si bien para este grupo de mejoras se establece idéntica forma de evaluar (*se valorará hasta un máximo de 10 puntos, a razón de 1 punto por cada 1.000 € (IVA excluido)*), sin embargo, se establece en cuanto a la forma de acreditar la mejora lo siguiente: *“los licitadores presentarán un compromiso de inversión para mejoras en el Centro adscrito a la presente contratación, describiendo las mejoras propuestas, cuantificándolas económicamente. (...)”* Es decir, para las mejoras por Inversión en equipamiento del Centro el Pliego sí prevé la necesidad de que el licitador las concrete, mientras que para las mejoras por actividades lúdicas y/o terapéuticas para usuarios del Centro el Pliego omite la necesidad de su descripción.

Esta diferente regulación, en un mismo apartado del Pliego, para valorar y acreditar los dos grupos de mejoras, unido a la vaguedad e inconcreción en que el PCP incurre al

regular la forma de acreditar las mejoras por actividades lúdicas y/o terapéuticas, induce aún más a los licitadores a considerar no implícita la necesidad de concretar estas mejoras, pues no solo no se exige para su valoración (al menos para la valoración que anticipa el Pliego, totalmente independiente del contenido material de la mejora) sino que además al omitir para este segundo grupo de mejoras la necesidad de su descripción pudiéndose haber incorporado el mismo tenor literal que en el grupo de mejoras relativas a la Inversión en equipamiento, hace pensar en la intención del Pliego de establecer una diferente forma de acreditar unas y otras mejoras.

En definitiva, el Pliego no solo no prevé la necesidad de describir las mejoras propuestas en actividades lúdicas y/o terapéuticas, sino que tampoco fija como criterios de valoración o acreditación algunos de los tenidos en cuenta por la Comisión de Valoración, sin que pueda compartirse el criterio del órgano de contratación de entender que el requisito de su concreción es implícito a la propia propuesta de mejora, pues en tal caso no se hubiera hecho constar, por superfluo e innecesario, en el mismo Pliego la necesidad de describir en concreto las mejoras por Inversión en equipamiento.

A mayor abundamiento interesa señalar que las mejoras, como criterio de adjudicación que son, exigen su vinculación con el objeto del contrato siendo preciso que en su configuración se relacionen prestaciones vinculadas con el mismo, en el caso que nos ocupa, mejoras relacionadas con los servicios de prestación alimentaria.

Debe, por tanto, concluirse que el Pliego ha omitido la obligación de detallar las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras para actividades lúdicas y/o terapéuticas para usuarios del Centro, lo que ha permitido la inclusión de requisitos para su acreditación en fase de valoración no previstos en el Pliego ni deducibles por los licitadores implícitamente de su dicción literal.

**Séptimo.** Respecto de los efectos que debe producir sobre la licitación la anterior conclusión, también se ha pronunciado reiteradamente este Tribunal. En la Resolución 69/2012, de 21 de marzo, con apoyo en la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, - asunto C-532/06, consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros -, concluimos que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las

ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho *“... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”*.

Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente la forma de acreditar las mejoras a considerar y las pautas para su valoración, las cláusulas del PCP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. En el mismo sentido, en la Resolución nº 302/2011, 14 de diciembre, decíamos que: *“la introducción de variantes o mejoras como criterio de adjudicación exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o, en su caso, en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas. Así ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH”*.

Como también señalábamos en nuestra Resolución 65/2013, de 6 de febrero, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Como ha declarado el TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) *“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”*.

Todo ello, con la finalidad de que todos los licitadores tengan ocasión de ponderar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que van a ser valorados, para evitar que

la indefinición de las mejoras y su ponderación les impida poder formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad, de acuerdo a sus características y potencial empresarial y sus estrategias, dentro del principio de libertad de mercado, infringiendo los artículos 1, 147 y 150 del TRLCSP.

En consecuencia, y como ya tuvimos la oportunidad de decir en otras muchas resoluciones (507/2013, de 14 de noviembre), procede declarar nula la cláusula contenida en el apartado J) 1 del Anexo I del Pliego que determina las forma de acreditar y valorar las mejoras y, sirviendo éstas como criterio de adjudicación, la nulidad ha de extenderse a todo el procedimiento toda vez que afectando directamente a un principio de la contratación que determinó la criterios de adjudicación.

**Octavo.** Sobre la posibilidad de apreciar de oficio los vicios de nulidad que afectan a la licitación, pese a no haberse solicitado por el recurrente –que únicamente plantea la retroactividad del procedimiento al momento previo a la valoración de las ofertas- este Tribunal no ha hecho en sus resoluciones sino seguir la doctrina que sobre esta cuestión ha mantenido el Tribunal Supremo.

En este sentido, sirva de antecedente la Resolución 1/2014, de 10 de enero, en cuyo fundamento noveno se hace la siguiente consideración:

*“En cuanto a la posibilidad de que por este Tribunal pueda apreciarse de oficio vicio de nulidad de pleno derecho aunque no haya sido alegado por los interesados, debe examinarse la doctrina jurisdiccional sobre este punto.*

*En el ámbito civil, es doctrina consolidada desde muy antiguo que la nulidad de pleno derecho surte efectos ipso iure, de forma que puede ser apreciada por los tribunales sin necesidad de petición expresa de la parte (STS 27 de mayo de 1949, STS 29 de octubre de 1949, STS de 23 de junio de 1966, entre otras), si bien para que esta apreciación pueda realizarse: i) se deben probar los hechos de los que derive la nulidad del contrato y ii) han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en la celebración del contrato de que se trate o sus sucesores o causahabientes.*

*En el ámbito administrativo, es igualmente antigua y consolidada la doctrina conforme a la cual la nulidad de pleno derecho es de orden público, de forma que puede ser declarada de oficio aunque nadie haya solicitado la declaración (STS 11 de octubre de 1956, STS 31 de enero de 1967, STS de 22 de octubre de 1972, STS de 31 de enero de 1975, entre otras muchas).*

*Lo que se ha señalado respecto de los órganos jurisdiccionales es de aplicación también respecto de este Tribunal. No sólo porque encuentra su fundamento positivo en los ya referidos artículos 112 y 113 de la LRJPAC, sino también porque una actuación de este órgano revisor que no pudiera apreciar de oficio la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho dejaría al arbitrio de las partes (mediante la invocación o no del vicio de que se trate) la declaración de la nulidad de pleno derecho, siendo así que se trata de un vicio no susceptible de convalidación. Del mismo modo, ante la impugnación de un contrato, la falta de alegación del vicio de nulidad conduciría (en caso de que no concurriera otro vicio en el contrato) a que el órgano revisor tuviera que declarar la validez de un contrato que en realidad es nulo de pleno derecho. En ambos casos, el consentimiento del interesado convalidaría el acto nulo, cuestión que no resulta admisible, ya que nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa el ámbito de su propia esfera individual.*

*Conclusión de lo expuesto es que la existencia de un vicio de nulidad puede ser apreciada por este Tribunal aunque no haya sido alegada por los interesados, si bien será necesario que se dé audiencia a éstos, conforme establece el ya referido artículo 113 de la LRJPAC.”*

Por todo lo expuesto,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. A.L.L.T., en representación de la mercantil SERUNION, S.A., contra el acuerdo de adjudicación, de fecha 24 de marzo de 2014, del contrato de servicios de prestación alimenticia en la residencia Caixa Ontinyent

de Xátiva, para el período comprendido entre el 15 de marzo de 2014 al 31 de marzo de 2016, convocado por el Instituto Valenciano de Acción Social, con número de expediente IV-MY002/2014, declarando la nulidad de todo el procedimiento por vicios esenciales del PCP al prever mejoras genéricas que vulneran el principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores y transparencia que impide a éstos la formulación adecuada de sus ofertas.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento producida como consecuencia del artículo 45 del TRLCSP, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción 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 Valencia, 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.