

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES
DE LA JUNTA DE ANDALUCIA**

RESOLUCIÓN 1/2016

Recurso 258/2015

Resolución 1/2016

Sevilla, 14 de enero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albox, de fecha 23 de octubre de 2015, por el que se adjudica el contrato denominado “Contratación del servicio de ayuda a domicilio (SAP municipal y SAD de la dependencia)” (Expte. 05/2015), convocado por la mencionada Entidad Local, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de agosto de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la provincia de Almería número 152 anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación urgente, del contrato citado en el encabezamiento de esta Resolución; asimismo, el 10 de agosto fue objeto de publicación en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Albox.

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 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 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albox, en sesión ordinaria celebrada el 29 de septiembre de 2015, acuerda proponer la adjudicación del contrato aludido a la unión temporal de empresas

FEDERACIÓN ALMERIENSE DE ASOCIACIONES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EL SALIENTE (en adelante la UTE FAAM-SALIENTE), separándose de la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación en virtud del artículo 160.2 del TRLCSP.

CUARTO. El 23 de octubre de 2015, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albox acuerda adjudicar el contrato mencionado a la UTE FAAM-SALIENTE.

QUINTO. Con fecha 4 de noviembre de 2015, el Ayuntamiento de Albox y la UTE FAAM-SALIENTE formalizan el contrato para la gestión del servicio de ayuda a domicilio del municipio de Albox (SAD municipal y SAD de la dependencia).

SEXTO. El 5 de noviembre de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A. (en adelante EULEN) contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albox, de fecha 23 de octubre de 2015, por el que se adjudica el mencionado contrato de servicios. La recurrente solicita además el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. El 13 de noviembre de 2015, el órgano de contratación pone en conocimiento de este Tribunal el recurso interpuesto y traslada consulta a la Secretaría de este Tribunal relativa a las actuaciones que debía realizar. Con esa misma fecha se le notifica que debe comunicar si dispone de órgano propio a efectos de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en su ámbito, solicitándole en su caso, el escrito de recurso interpuesto, informe relativo al mismo así como alegaciones con respecto al mantenimiento de la suspensión solicitada por la recurrente, el expediente de contratación completo y listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 18 de noviembre de 2015.

OCTAVO. El 25 de noviembre de 2015, este Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación solicitado por la entidad recurrente.

NOVENO. Mediante escritos de 25 de noviembre de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado en plazo la UTE FAAM-SALIENTE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, en el artículo 10 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.

En el presente supuesto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de un municipio, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su nueva redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

Por tanto, y teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de Albox ha remitido informe donde afirma que no dispone de órgano propio para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, 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 licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios incluido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado supera la cantidad del 207.000 euros y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que siendo el objeto del recurso el acuerdo de adjudicación, resulta procedente el recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.b) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, 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.”

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 26 de octubre de 2015, por lo que el recurso presentado en el registro del órgano de contratación el 5 de noviembre de 2015, se ha interpuesto en el plazo legal expresado.

QUINTO. La recurrente solicita en su escrito de recurso que se declaren nulos tanto el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albox de 29 de septiembre de 2015 por el que se declara la oferta presentada por la UTE FAAM-SALIENTE como la económicamente más ventajosa y se le solicita la documentación recogida en el artículo 151.2 del TRLCSP, como también el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de octubre de 2015 de adjudicación del contrato a la UTE FAAM-SALIENTE, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la infracción para que se reconozca la oferta de la recurrente como la económicamente más ventajosa.

La recurrente expone en su escrito de recurso que consta en el propio acuerdo de adjudicación que su oferta fue la que obtuvo una mayor puntuación -91,80 puntos sobre 100- siendo sin embargo finalmente adjudicataria la entidad que presentó la oferta que quedó en segundo lugar con una puntuación de 90,10 puntos. Así, el órgano de contratación en contra de la valoración recogida en el informe técnico acaba adjudicando el servicio a la oferta que obtuvo la segunda puntuación.

Expone la recurrente que los criterios que el órgano de contratación emplea para no adjudicar el contrato a la entidad que presentó la oferta económicamente más ventajosa no estaban incluidos en los pliegos, e incluso que uno de los criterios que utilizó el órgano de contratación para la adjudicación se encontraba recogido en los pliegos para los casos de empate, el cual no tuvo lugar en el presente procedimiento de licitación.

Sobre las alegaciones contenidas en el recurso expone el órgano de contratación en primer lugar, que la recurrente no impugnó la Resolución de propuesta de adjudicación acordada por la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria de 29 de septiembre de 2015; en este sentido considera que el hecho de que el propio Ayuntamiento manifestara que era un acto de trámite no definitivo en vía administrativa, y por tanto irrecurrible, no impedía tampoco a la recurrente manifestar al órgano de contratación su oposición a la resolución de propuesta de adjudicación, entendiéndose por ello que se aquietó a la misma.

En segundo lugar, expone el órgano de contratación que la oferta de la entidad ahora recurrente obtuvo una mayor puntuación en alguno de los criterios de valoración no automática, y dado que dichos aspectos de las ofertas se valoraron a juicio del personal técnico que formó parte del equipo de valoración y que en virtud del artículo 160.2 TRLCSP la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración, el órgano de contratación estimó modificar la propuesta formulada, motivando su decisión.

En este sentido, expone el órgano de contratación que con la modificación mencionada no se cambian ni amplían los criterios de valoración que se establecen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), sino que lo que se pretende es dar cuenta de diversos aspectos que, aún quedando implícitos en el proyecto técnico, no habían sido suficientemente valorados por parte del equipo técnico al que correspondía la evaluación de los mismos.

El órgano de contratación expone en su informe que amplía los motivos que le llevaron a modificar la propuesta de adjudicación. En este sentido, considera que no se puntuó suficientemente la oferta presentada por la UTE FAAM-SALIENTE en el apartado “Aspectos de calidad: protocolos de atención a personas discapacitadas (movilización y atención a personas enfermas mentales, entre otros) 10 puntos”. Considera el órgano de contratación que en este aspecto de calidad, la UTE FAAM-SALIENTE tiene mayor experiencia y fama renombrada.

En este sentido, expone el órgano de contratación que dada la igualdad entre las ofertas de la recurrente y la adjudicataria, y teniendo en cuenta que la UTE FAAM-SALIENTE realiza un gran trabajo social y solidario sin ánimo de lucro, generador de empleo (83 personas trabajadores en Albox) y dada su implicación en la localidad, acuerda, ya que resulta justo y queda dentro de su facultad, seleccionar como la oferta más ventajosa la presentada por la UTE FAAM-SALIENTE.

Por otro lado, afirma el órgano de contratación que la oferta presentada por la entidad finalmente adjudicataria obtuvo mayor puntuación en determinados criterios de adjudicación que eran de especial interés para él, como son el criterio “Calidad en la gestión: protocolos de seguimiento y registro para la supervisión del servicio. 20 puntos” donde la oferta presentada por la UTE FAAM-SALIENTE obtuvo la puntuación de 16,6 puntos -y EULEN 16,3 puntos- y el criterio “Compromiso de contratación de personal. 10 puntos” donde la adjudicataria obtuvo 9,3 puntos y la entidad EULEN 8,3 puntos.

La entidad interesada UTE FAAM-SALIENTE invoca en su escrito de alegaciones la cláusula novena del PCAP para argumentar que es correcta la interpretación que realiza el Ayuntamiento por la que el proceso de asignación de puntuaciones no es un procedimiento mecánico, sino que debe tener unos criterios lógicos y técnicos que valora el órgano de contratación.

La entidad interesada expone unos argumentos similares a los del órgano de contratación para llegar a la conclusión de que existe una situación de igualdad entre las ofertas de ambas empresas licitadoras puesto que si bien la oferta de EULEN obtiene una mayor puntuación global que la de la UTE FAAM-SALIENTE - 91,80 frente a 90,10 puntos- sin embargo esta última obtiene mayor puntuación en los criterios más relevantes. Considera la entidad interesada que ésta es la situación de empate a la que se refiere el apartado 20 del Anexo I del PCAP, por la que operaría la preferencia de adjudicación a la UTE FAAM-SALIENTE por disponer de un porcentaje mayor de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede entrar a conocer sobre el fondo del asunto. En primer lugar resulta necesario transcribir los criterios de adjudicación que se establecieron en el presente procedimiento de licitación y que se encuentran recogidos en el apartado 20 del Anexo I del PCAP, de la siguiente forma:

1º PROYECTO TÉCNICO, hasta 55 puntos: Se valorará la metodología para el desarrollo y ejecución del servicio, así como la adecuación del mismo al contexto sociodemográfico del municipio. El proyecto habrá de contener:

a) Memoria sobre la organización del servicio que se pretende implantar en el municipio en el que se especificarán:

a.1. Calidad en la gestión: se valorará el uso de protocolos de seguimiento y registro que permitan la adecuada supervisión del servicio 20 puntos.

a.2. Aspectos de gestión: protocolos atención de quejas y reclamaciones. 5 puntos.

a.3. Aspectos de coordinación: protocolos de coordinación con el Ayuntamiento y con las personas beneficiarias. Ubicación del centro de coordinación. 5 puntos.

a.4. Aspectos de calidad: protocolos de atención a personas discapacitadas (movilización y atención a personas enfermas mentales, entre otros) 10 puntos.

a.5. Aspectos de formación del personal del que disponen para la realización del servicio que incluya titulación y formación de todos los puestos así como plan de formación. 5 puntos.

a.6. Compromiso contratación personal. 10 puntos.

Total: 55 puntos.

2º MEJORAS A APORTAR HASTA 45 PUNTOS. Se asignará la puntuación máxima prevista en este apartado a la oferta más ventajosa económicamente, teniendo en cuenta que la base de licitación a 13 € no se puede modificar, según Resolución de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de 23 de noviembre de 2007, pero sí establecer mejoras que sean ventajosas económicamente, en su relación entre el proyecto técnico y mejoras. Se solicita por tanto la cuantificación de las mejoras a aportar en los aspectos siguientes:

2º.1. Personal coordinador. Por cada coordinador de servicio 5 puntos (máximo 10).

2º.2. Equipo técnico de apoyo. Por cada profesional. 5 puntos (máximo 10).

2º.3. Prestación de servicios con carácter gratuito, cuantificables económicamente por un total de:

- Entre 5.000 y 9.999 .€..... 5 puntos.
- De 10.000 € en adelante..... 10 puntos.

2º.4. Puesta a disposición de bolsa de 5 días plaza de estancia diurna, con transporte, sin coste, y con fecha de disfrute según el usuario pueda 20 puntos.

Total: 45 Puntos.

Según se recoge en el expediente de contratación, con fecha 18 de septiembre de 2015 se remite al Alcalde del Ayuntamiento el informe técnico elaborado por el comité de expertos constituido al efecto para la valoración de las ofertas presentadas en lo que atañe a los criterios de adjudicación no automáticos contenidos en el "Sobre B" donde, en lo que aquí respecta, figura la siguiente puntuación:

CRITERIOS DE SELECCIÓN	EULEN	UTE
1. PROYECTO TÉCNICO (total de 55 PUNTOS), de los cuales:		
1.1. Calidad en la gestión. (hasta 20 puntos)	16,3	16,6
1.2. Aspectos de gestión. (hasta 5 puntos)	4,3	3,6
1.3. Aspectos de coordinación (hasta 5 puntos)	4,3	3,6
1.4. Aspectos de calidad (hasta 10 puntos)	9,3	8

1.5. Aspectos de formación (hasta 5 puntos)	4,3	4
1.6. Compromiso contratación (hasta 10 puntos)	8,3	9,3
PUNTUACIÓN TOTAL:	46,8	45,1

El 24 de septiembre de 2015, se reúne la mesa de contratación para la apertura de los “Sobres C, Criterios evaluables de forma automática”, y se procede a la valoración de las mejoras ofertadas por las distintas empresas licitadoras, obteniendo la siguiente puntuación las entidades mencionadas:

CRITERIOS DE SELECCIÓN	EULEN	UTE
2. MEJORAS A APORTAR (total de 45 PUNTOS), de los cuales:		
2.1. Personal coordinador. (hasta 10 puntos)	10	5
2.2. Equipo técnico de apoyo. (hasta 10 puntos)	10	10
2.3. Prestación de servicios con carácter gratuito. (hasta 10 puntos)	10	10
2.4. Puesta a disposición de bolsa. (hasta 20 puntos)	20	20

10

PUNTUACIÓN
TOTAL: 45 45

PUNTUACIÓN
TOTAL CRITERIO
1 + CRITERIO 2: 91,80 90,10

A la vista de lo anterior la mesa de contratación eleva al órgano de contratación como oferta económicamente más ventajosa la propuesta por EULEN al haber obtenido la mayor puntuación.

El órgano de contratación, según se desprende del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 29 de septiembre de 2015, resuelve en virtud de lo dispuesto en el artículo 160.2 del TRLCSP, modificar la

propuesta de adjudicación y proponer como adjudicataria a la UTE FAAM-SALIENTE. Dicha decisión se realiza con base a la siguiente motivación incluida en el mencionado acuerdo:

- La UTE FAAM-SALIENTE tiene un total de 77,4% de personas trabajadoras con discapacidad, porcentaje muy superior al mercado como válido por los pliegos (2% mínimo), y a su vez superior al de la entidad EULEN ya que esta última declara tener un 3,21% de personas trabajadoras con discapacidad.
- El órgano de contratación expone que es conocida la excelente labor en materia social y laboral de la UTE FAAM-SALIENTE, en el municipio de Albox.
- Que teniendo en cuenta la red de asistencia que ha creado en el municipio la Asociación de personas con discapacidad “El Saliente” -que forma parte de la UTE-, le hace pensar al órgano de contratación que el ahorro que suponga el no tener que crear estos servicios de ayuda a domicilio por parte de la entidad adjudicataria, podrá ser destinado al desarrollo de otras inversiones, como personal o material.
- Finalmente el órgano de contratación fundamenta su decisión en el gran trabajo social y solidario sin ánimo de lucro, y generador de empleo (83 personas trabajadoras en Albox) y su implicación en el municipio de la UTE FAAM- SALIENTE.

SÉPTIMO. Procede pues, entrar a analizar cada una de las cuestiones objeto de controversia. El órgano de contratación expone en su informe, en primer lugar, que la recurrente, pese a no ser impugnada la Resolución de propuesta de adjudicación acordada por la Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria de 29 de septiembre de 2015, ello no le impedía manifestar ante el órgano de contratación su oposición a la misma, entendiéndose que al no hacerlo, se aquietó a aquella, manifestándose en este sentido también la entidad interesada.

Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta la regulación contenida en el artículo 40.3 del TRLCSP, que establece que “Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”.

En este sentido, resulta cierto que la ahora recurrente pudo poner de manifiesto ante el órgano de contratación su oposición a la modificación de la propuesta de adjudicación realizada, pero ello, como indica el artículo invocado, es una facultad que ostentan los licitadores que en ningún caso les podrá sustraer de la posibilidad de recurrir -como en el presente caso- el acto de adjudicación.

Sentado lo anterior y siendo por tanto procedente la interposición del recurso contra la adjudicación, hay que entrar ya en el objeto central de la controversia, es decir, la interpretación que el órgano de contratación realiza sobre la posibilidad prevista en el artículo 160.2 del TRLCSP, por la que éste puede motivadamente

no adjudicar el contrato de acuerdo con la propuesta formulada por la mesa de contratación. En este sentido, hay que destacar que existen diversos pronunciamientos de los distintos tribunales sobre casos análogos.

Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 385/2014, de 19 de mayo, a la hora de analizar la posibilidad de que el órgano de contratación se separe de la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación, manifiesta que no se podrá modificar la evaluación de las ofertas realizada en aquellos criterios que hayan sido valorados sujetos a juicio de valor cuando haya tenido ya lugar la evaluación de aquellos que se evalúen de forma automática, ya que ello conllevaría la infracción, entre otros, del artículo 30.2 del Real Decreto de 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 que establece que “en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor”.

La mencionada Resolución concluye “El lógico corolario de todo ello es que, obviamente, tampoco cabe modificar el resultado de la evaluación de esos criterios subjetivos una vez que ha tenido lugar la apertura de las ofertas económicas o de aquellos otros criterios de adjudicación no precisados de un juicio de valor (en este sentido, Resolución de este Tribunal 127/2012). Dicho en otros términos, sólo cabrá la corrección de dicha evaluación en los supuestos en que incurra en errores materiales, de hecho o aritméticos en el sentido que contempla el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (en adelante, LRJPAC), sin que, por el contrario, el mayor o menor acierto en la misma permita su rectificación. Más aún, incluso en la hipótesis de que la evaluación adoleciera de vicios formales relevantes (vgr.: por no haberse reunido el quórum necesario para la válida actuación de la Mesa), tampoco sería viable efectuar una nueva, sino que, por el contrario, lo pertinente sería desistir del procedimiento de contratación, en la medida en que, de no hacerse así, se estaría propiciando una infracción no subsanable de las normas reguladoras de la licitación (artículo 155.4 TRLCSP)”.

De esta manera, y sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente, el órgano contratación al motivar el cambio en la propuesta de adjudicación se refiere a distintas cuestiones que se incardinan -al menos parcialmente- en aspectos de las ofertas valorados por medio de los criterios no automáticos, por lo que modificar la mencionada valoración de las ofertas en un momento posterior a la apertura de la documentación que fue objeto de valoración de forma automática constituye, como se ha venido argumentado, una infracción del procedimiento que conlleva vicio de nulidad.

Además de lo anterior y a mayor abundamiento, este Tribunal observa que el órgano de contratación, al apartarse de la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación, valora elementos extraños a los criterios de adjudicación incluidos en el PCAP. En este sentido, el órgano de contratación motiva su

decisión, en síntesis, en cuatro cuestiones: que la finalmente adjudicataria tiene un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, las inversiones que ésta pueda realizar, así como la excelente labor en materia social y laboral, el gran trabajo social y solidario sin ánimo de lucro, y generador de empleo, así como la implicación en el municipio de las entidades que componen la UTE FAAM-SALIENTE.

Lo anterior supone que el órgano de contratación se separa de la propuesta de la mesa de contratación, considerando para ello el criterio establecido en el PCAP para supuestos de empate -sin que se haya dado un empate en la valoración de las distintas ofertas- y valora ciertos aspectos ajenos a los criterios de adjudicación que aparecen en el pliego. Efectivamente el apartado 20 del Anexo I del PCAP recoge que: “Se establece la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2% siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para adjudicación. Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2%, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla”.

De lo anterior se infiere que el órgano de contratación adjudica el contrato a la UTE FAAM-SALIENTE al considerar que su oferta es la más ventajosa, con base en criterios de adjudicación distintos a los establecidos en los pliegos, que como se ha venido reiterando en multitud de ocasiones por los distintos Tribunales, constituyen ley entre partes.

Sobre la invariabilidad de los pliegos se ha pronunciado en multitud de supuestos este Tribunal, así en la Resolución 396/2015, de 17 de noviembre se afirma que “para resolver dicha controversia procede volver a invocar la doctrina relativa a que los pliegos son «lex contractus» o que una vez que los pliegos devienen firmes son ley entre partes y por tanto no procede su modificación; en este sentido, si anteriormente hemos predicado la invariabilidad de los pliegos con respecto a la impugnación indirecta de los mismos vía interposición de recurso contra el acto administrativo de adjudicación, lo mismo cabe afirmar con respecto a la variación unilateral por el órgano de contratación de los pliegos durante el procedimiento de licitación.

En este sentido se manifiesta la Resolución 1/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que sobre este asunto afirma que «Como es sabido los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas constituyen la Ley del contrato, de manera que tanto los licitadores y contratistas como los órganos de contratación deben atenerse a sus cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 115 y 116 del TRLCSP y constante jurisprudencia.

Por otro lado los pliegos son inalterables, de manera que una vez que estos han sido definitivamente aprobados y publicados deben ser observados por los licitadores y no pueden ser modificados por los órganos de contratación ni durante la licitación, ni mucho menos, como en este caso, una vez adjudicado el contrato y por lo tanto conocidas las proposiciones de los licitadores. En caso contrario se atentaría contra el principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa, así como el de transparencia, vulnerando además del procedimiento de contratación, el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los actos administrativos»”.

Aplicando lo anterior al presente supuesto, queda claro que la actuación del órgano de contratación conculcó diversos preceptos del TRLCSP como hemos venido enumerando, toda vez que no debió volver a evaluar las ofertas una vez conocidas las correspondientes valoraciones de aquellos aspectos sujetos a los criterios de adjudicación de aplicación automática y además porque tampoco debió adjudicar el contrato valorando cuestiones ajenas a los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos puesto que con ello conculcó, entre otros, el artículo 150.2 del TRLCSP, que establece que los criterios de adjudicación “se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en el PCAP o en el documento descriptivo” precepto que, a la vista de la actuación final del órgano de contratación, no se ha respetado puesto que se han considerado aspectos distintos a los contemplados en los pliegos o se han aplicado de forma diferente a la prevista en los mismos.

Tampoco se puede aceptar como argumenta el órgano de contratación que las ofertas se encuentran igualadas puesto que una de ellas ha obtenido mayor puntuación global y además, una vez establecidos en los pliegos los criterios de adjudicación, estos no pueden ser ya objeto de modificación.

Y es más, hay que considerar que la actuación del órgano de contratación utilizando la vía prevista en artículo 160.2 del TRLCSP para alterar la adjudicación de un contrato valorando cuestiones no previstas como criterios de adjudicación en los pliegos, pudiera incurrir en desviación de poder. En este sentido el artículo 70.2 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece que “Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”, en el presente supuesto hay que concluir que la posibilidad prevista en el artículo 160.2 del TRLCSP, permite al órgano de contratación separarse de la propuesta de la mesa, pero evidentemente dicha actuación será objeto de motivación y deberá ampararse en cuestiones que estén previstas en los pliegos, que como se ha venido argumentando constituye ley entre las partes. Sin embargo, en el presente supuesto se ha utilizado la vía del artículo 160.2 anteriormente mencionado para adjudicar el contrato al margen de lo establecido en los pliegos.

Por lo anterior, este Tribunal procede a la estimación de la pretensión del objeto del recurso declarando nulo el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Albox de adjudicación de fecha 23 de octubre de 2015.

OCTAVO. Con respecto a la pretensión de la recurrente por la que solicita de este Tribunal la declaración de que su oferta es la económicamente más ventajosa, este Tribunal no puede sino proceder a su inadmisión, ya que como se manifestó en la Resolución de este Tribunal 405/2015 de 25 de noviembre, “es necesario poner de manifiesto que este Tribunal solo tiene funciones revisoras de los actos que se recurran ante él, no siendo por tanto la vía prevista para solicitar que el órgano de contratación se pronuncie sobre determinados extremos”, en ella se alude además al criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en la Resolución 736/2015, de 30 de julio, en la que se señala, remitiéndose a su Resolución 159/2013, de 23 de abril, que “Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 47.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en cuanto al recurso especial, de modo que, de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando en su caso que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquél en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículos 62.1.b) de la Ley 30/1992).”

Por tanto será el órgano de contratación el que deba pronunciarse sobre este extremo solicitado por la recurrente.

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 EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albox de fecha 23 de octubre de 2015, por el que se adjudica el contrato denominado

“Contratación del servicio de ayuda a domicilio (SAP municipal y SAD de la dependencia)” (Expte. 05/2015), convocado por la mencionada entidad local, y anular el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Albox de fecha 23 de octubre de 2015 de adjudicación del contrato mencionado, procediendo la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se cometiera la infracción denunciada para que se proceda según lo establecido en el fundamento de derecho séptimo de esta Resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal mediante resolución de fecha 25 de noviembre de 2015.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos 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.