

Recurso 13/2025
Resolución 61/2025
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 5 de febrero de 2025.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ARQUISOCIAL S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 17 de diciembre de 2024, dictado en el seno del procedimiento de contratación denominado «Servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Motril», (Expte. SERV/ABR/CONTRATACION 2023000034), convocado por el Ayuntamiento de Motril (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 y 6 de agosto de 2024, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con esa fecha, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 22.442.920,89 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 13 de enero de 2025, la entidad ARQUISOCIAL S.L. (en adelante la recurrente) presenta en el Registro de este Tribunal, recurso especial contra el acuerdo de la mesa citado en el encabezamiento de la presente resolución.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, ha tenido entrada en esta sede.

El 24 de enero de 2025, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.

Habiéndose cumplimentado el trámite de alegaciones al recurso por plazo de cinco días hábiles para que los interesados puedan formular alegaciones, las han realizado dos entidades CLAROS S.C.A. de interés social, entidad propuesta como adjudicataria, y la entidad GRUPO ADL S.C.A.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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, toda vez que el Ayuntamiento de Motril (Granada) según consta en antecedentes de otros procedimientos anteriores recientes no dispone de órgano propio para la resolución del recurso.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un contrato administrativo de servicios especiales con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública por lo que, desde el punto de vista del contrato recurrido, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartado 1 a) de la LCSP.

No obstante, el acto impugnado debe ser objeto de análisis. En este sentido, como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, la mesa de contratación el 17 de diciembre propone la adjudicación. Expresamente acuerda:

“4. Propuesta adjudicación y requerimiento oferta mejor valorada, expediente SERV/ABR/CONTRATAACION2023000034 - Servicio de ayuda a domicilio Ayuntamiento de Motril.

Los miembros de la Mesa acuerdan proponer al órgano de contratación CLAROS, S.C.A. como mejor oferta en el expediente SERV/ABR/CONTRATAACION2023000034, y en consecuencia requerirle para que aporte en un plazo de diez días hábiles, la siguiente documentación (...).”

Ante las alegaciones del órgano de contratación en su informe al recurso (donde únicamente alega esta cuestión de forma, sin entrar en el fondo del recurso especial) se hace necesario realizar la siguiente consideración.

El artículo 326.2 de la LCSP establece las funciones de la mesa indicando que *«La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario:*

- a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.*
- b) La valoración de las proposiciones de los licitadores.*
- c) En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley.*



d) La propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación.

e) En el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para la innovación, la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.” (el subrayado es nuestro).

El acto recurrido, formalmente, de conformidad con lo expuesto en la presente resolución, es la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación. Es doctrina consolidada de este Tribunal y del resto de Tribunales administrativos de contratación pública, que la citada propuesta no es un acto de trámite cualificado contra el que quepa recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 44.2 b) de la LCSP.

Al respecto, el artículo 157.6 de la LCSP establece, en el procedimiento abierto, que *«La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión»*.

Por tanto, si la propuesta no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto y el órgano de contratación puede motivadamente apartarse de aquella no cabe atribuir a la misma el carácter de acto de trámite cualificado; toda vez que no pone fin al procedimiento, no decide directa o indirectamente sobre el fondo al no crear derechos invocables por los licitadores, no produce perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos, ni genera indefensión por cuanto los defectos pueden hacerse valer en el recurso contra el acto definitivo que es la adjudicación. En este sentido, el artículo 44.3 de la LCSP dispone 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 con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación»*.

Sin embargo, materialmente la entidad recurrente, aun cuando formalmente impugna la propuesta, sustantivamente combate como pretensión principal la indebida admisión de las dos ofertas que le preceden en la clasificación, pues ha quedado posicionada en tercer lugar dentro de las admitidas a la licitación. Este Tribunal (v.g. Resolución 280/2018, de 10 de octubre, y más recientemente 151/2022, de 11 de marzo, 214/2022, de 1 de abril y 284/2022, de 27 de mayo) ha señalado que la procedencia del recurso especial contra el acto de admisión de ofertas o de licitadores *«habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso»*.

En este punto, no debe olvidarse que el interés de toda licitadora que participa en un procedimiento de adjudicación es resultar adjudicataria, pero dicho interés solo adquiere entidad suficiente para fundamentar la legitimación en un recurso -en este caso, el recurso especial- cuando la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. En este sentido, es abundante y constante la doctrina del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002) conforme a la cual el interés legítimo *«presupone que la resolución administrativa [el acto impugnado] pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la*



correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.».

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP, la admisión de ofertas ha de tratarse de un acto de trámite cualificado que debe reunir los requisitos del precepto, siendo éste el presente caso, dado que las entidades CLAROS S.C.A. y MACROSAD S.C.A. han quedado clasificadas dentro de las ofertas admitidas en primer lugar y segundo lugar, respectivamente, y la recurrente tras ellas, por lo que la estimación del recurso en el que se solicita como pretensión principal la exclusión de aquellas supondría que dicha recurrente podría acceder a la adjudicación del contrato.

Por tanto, la pretensión principal del recurso se interpone contra la indebida admisión de dos ofertas en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que dicho acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

Procede, pues, analizar el resto de los requisitos de admisión, así como el fondo de la cuestión planteada.

CUARTO. Plazo de presentación.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la admisión de las ofertas de las entidades clasificadas en primer y segundo lugar se adoptó por la mesa de contratación el 17 de diciembre 2024 y el acta fue publicada en el perfil de contratante el 19 de diciembre de 2024, por lo que aun computando desde dicha última fecha, el recurso presentado el 13 de enero de 2025 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Alega como pretensión principal, la infracción de norma de carácter imperativo y su relación con la exclusión de las ofertas presentadas por CLAROS S.C.A. y MACROSAD S.C.A. estimando que vulneran el artículo 23 de la Orden de 27 de julio de 2023 de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el incumplimiento del precio unitario marcado por la Junta de Andalucía. Explica que las ofertas presentadas por ambas entidades son inferiores al precio fijado en la Resolución de 9 de julio de 2024 (15,53 €/hora, IVA excluido).

Explica que dicha Orden “*marca un precio mínimo/máximo, lo que significa que las corporaciones locales que liciten los servicios de ayuda a domicilio de sus municipios deberán en cualquier caso abonar el precio de 15,53€/hora IVA excluido, sin posibilidad de excepción o abono inferior.*”

Así, tanto la entidad CLAROS, S.C.A., como MACROSAD, S.C.A. han infringido, en la presentación de sus ofertas, de forma clara y evidente una norma de rango superior y de carácter imperativo, al establecer por debajo del precio que marca la Junta de Andalucía su precio hora -recordemos que CLAROS, S.C.A. lo establece en 15,20 €/hora y MACROSAD, S.C.A lo establece en 15,39 €/hora”.



Estima que *“la infracción de una norma de carácter imperativo supone una causa directa de exclusión, ya que no es necesario realizar un análisis adicional sobre la viabilidad de las ofertas puesto que la norma, de carácter imperativo, establece el precio unitario del servicio de ayuda a domicilio lo que implica que su cumplimiento es obligatorio y no admite excepciones en los procedimientos de contratación que tengan por objeto la prestación de dichos servicios”*.

Invoca el artículo 34.1 de la LCSP, explicando que *“las ofertas inferiores al precio mínimo fijado, además de ser contrarios al ordenamiento jurídico, ponen en riesgo la ejecución del contrato ya que no garantizan los recursos necesarios para la adecuada prestación del servicio, vulnerando los derechos de los trabajadores y el principio de sostenibilidad económica (...)”*.

Termina explicando que *“cuando una oferta infringe normas de rango superior que afectan al procedimiento de contratación, como precios mínimos, condiciones laborales o disposiciones de sostenibilidad, el órgano de contratación está obligado a excluirla. No hacerlo supone, en primer lugar, vulnerar el principio de legalidad, en segundo lugar, comprometer la correcta ejecución del contrato y en tercer lugar exponer al proceso a impugnaciones y posibles responsabilidades legales (...)”*. Explica que admitir ofertas que incumplen normas imperativas genera una situación de desigualdad competitiva, perjudicando a aquellos licitadores que cumplen con las disposiciones legales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso especial emitido por la Secretaria del Ayuntamiento no realiza ninguna defensa sobre el fondo del asunto, obviando pronunciarse sobre la defensa del acto del órgano de contratación, ni tampoco se allana.

3. Alegaciones de las entidades interesadas sobre el fondo del asunto.

A. CLAROS S. C. A. de interés social.

Además de instar la inadmisión del recurso especial por no considerar el acto susceptible de recurso, sobre el fondo del recurso, con relación a los motivos del mismo expresa su oposición, en primer lugar por la falta de concurrencia de los requisitos exigidos doctrinalmente para justificar una impugnación indirecta de los pliegos. Estima que los pliegos están consentidos.

En segundo lugar, opina que las ofertas presentadas son ajustadas al pliego y por tanto no constituyen presupuesto alguno de exclusión como el alegado por la recurrente, *“por el carácter vinculante de los pliegos y su carácter de norma de contrato”* o *“lex contractus”*; de donde se infiere que difícilmente puede reprocharse que éstas hayan incurrido en *“un vicio o desviación respecto de los pliegos que constituyese causa de exclusión alguna, al cumplir íntegramente con lo que en ellos se establecía para la formulación de ofertas”*.

B. Grupo ADL, S.C.A.

Apoya el recurso especial por las mismas causas que la entidad recurrente solicitando la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación por vulnerar normas imperativas en la evaluación y adjudicación, para que se declare la nulidad del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en particular la cláusula 19, apartado D. Criterios evaluables de forma automática: oferta económica, por fomentar la presentación de ofertas contrarias a derecho.



SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto.

La cuestión controvertida versa sobre si es posible ofrecer un precio hora a la vista del criterio de adjudicación establecido en el pliego por un importe inferior al previsto en lo que se considera por la entidad recurrente como norma de carácter imperativo y su relación con la exclusión de las ofertas presentadas por CLAROS S.C.A. y MACROSAD S.C.A. estimando que vulneran el artículo 23 de la Orden de 27 de julio de 2023 de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Estima, pues, la recurrente que existe con la propuesta de adjudicación un incumplimiento del precio unitario marcado por la Junta de Andalucía, pues las ofertas presentadas por las entidades que le preceden en la clasificación son inferiores al precio fijado en la Resolución de 9 de julio de 2024 (15,53 €/hora, IVA excluido).

Al respecto, basta recordar que en la cláusula 19ª del PCAP se establece como criterio evaluable de forma automática mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas, el siguiente criterio con relación al precio hora.

“a) Oferta económica: Mejor oferta económica, máximo 25 puntos: Obtendrá la mayor puntuación, esto es, 25 puntos, la oferta económica más baja, obteniendo 0 puntos aquel que ofrezca el tipo máximo de licitación (15,53 €/hora). El resto de los puntos se repartirá de forma proporcional atendiendo a la siguiente fórmula (la fórmula propuesta es la proporcional inversa ponderada):

$$Po = Pm * \frac{Pl - Of}{Pl - Oe}$$

Donde:

Po = Puntuación Obtenida.

Pm = Puntuación máxima posible (25 puntos)

Pl = Precio de licitación.

Of = Oferta realizada.

Oe = Oferta más económica

La oferta económica de los licitadores contendrá como máximo dos decimales, y el resultado de este apartado, aplicada la fórmula antes expuesta, se redondeará también a dos decimales. Aquel licitador que oferte por encima del tipo quedará excluido del procedimiento de licitación”.

Es decir, está prohibido el precio hora superior al indicado como tipo, pero conforme al PCAP, a priori, no el inferior, siendo ello lo que es objeto de debate.

Se realizan las siguientes consideraciones de fondo a continuación.

1. Previa

Se trata de una licitación que tiene por objeto un contrato de servicios a las personas, si bien, se debe comenzar señalando que, acerca de ellos, no existe una definición clara de los mismos ni en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Únicamente el Considerando 114 expresa que podemos englobar dentro de dicha denominación a “*ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos*”. Sin embargo, ni en la LCSP se menciona (solo en la exposición de motivos la cual únicamente incorpora al mencionado listado de los servicios farmacéuticos).



La Comunicación de 26 de abril de 2006 de la Unión Europea, hace referencia a cierta clase de ellos, los servicios sociales, definiéndolos como “*aquellos de interés general que ocupan un lugar específico como pilares de la sociedad y la economía europeas*”, por un lado, por su contribución a varios objetivos y valores esenciales de la Comunidad¹, y por otro lado por la importancia de las necesidades que han de satisfacer. Según esta Comunicación, debido a este carácter de interés general, los servicios sociales presentan una o varias de las siguientes características organizativas:

“a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;

b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;

c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;

d) participación de voluntarios y benévolo, expresión de una capacidad ciudadana;

e) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;

g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación “normal” de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros”.

En este sentido, derivado del artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, del Protocolo número 26, interpretativo de sus disposiciones, así como del Considerando número 6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 se desprende que, si partimos de este concepto de servicios sociales, los Estados de la Unión Europea tienen competencia para prestar, encargar y organizar servicios de interés general, que no tengan carácter económico, sin que ello afecte a las disposiciones de los Tratados, aclarando expresamente que los que sean de interés general y no económicos, deben quedar excluidos de su ámbito de aplicación.

Se establece pues un régimen de contratación particular, siendo posible alejarlo de una perspectiva puramente mercantil o económica, para centrarse en garantizar tanto la consecución de los valores y principios propios de estos servicios, como la satisfacción de las necesidades específicas de los usuarios². La articulación de este régimen específico para los llamados “servicios a las personas” se justifica por tratarse de servicios que, por su propia naturaleza, se prestan en cada Estado miembro, motivado en que incluso se preste de diferente modo de acuerdo con las diferentes tradiciones culturales³.

Es decir, la aplicación de la normativa de contratación pública no es la única opción que tienen los Estados de la Unión para la gestión de los servicios a las personas, ya que tanto la legislación europea como la nacional recogen la posibilidad de organizar este tipo de servicios de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos. De este modo, la Disposición Adicional (D. A.) 49^a de la LCSP permite que las Comunidades Autónomas

1 Alto nivel de empleo y protección social, un elevado nivel de protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial.

2 (Considerandos 6, 28, 114 y 118, y artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE).

3Ese es el motivo por el que se establece un umbral más elevado que el que se aplica al resto de servicios (750.000 €, tal y como establece el artículo 4 d) de la Directiva 2014/24/UE, y en los mismos términos el artículo 22.1 c) LCSP, frente a los 221.000 € con carácter general actuales.



legislen sobre instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social. Entonces existe la posibilidad de arbitrar fórmulas no contractuales, pero ello no excluye la tramitación de un procedimiento de contratación sometido a la Ley, si así se decidiera por una determinada Administración con competencia material en ese sector. Los Estados tienen libertad para elegir la forma de organización y prestación de estos servicios, pudiendo optar por fórmulas contractuales, o no contractuales, si bien no se trata de una libertad ilimitada de decisión, puesto que está condicionada al cumplimiento de los principios de transparencia y no discriminación.

En este sentido, en este contrato, que supera el umbral, el PCAP, no establece en la cláusula 1 más que el contrato es de servicios conforme al artículo 25 de la LCSP, si bien no especifica nada más al respecto.

Recordamos que el artículo 131.2 de la LCSP prevé la utilización del procedimiento restringido para la adjudicación de los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV y el artículo 132.1 del mismo texto legal señala que solo podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta. Por otro lado, el Considerando 114 de la Directiva recoge la posibilidad de establecer figuras no contractuales para la organización y gestión de los servicios a las personas, cuando no se llegue al umbral establecido para este tipo de servicios. Así la Disposición Adicional 49ª LCSP habilita a las Comunidades Autónomas para la articulación de este tipo de instrumentos, siempre que no existan límites ni cuotas y se garantice una publicidad suficiente.

No obstante, como se ha dicho el procedimiento actual de contratación que se examina supera el umbral, por el que debemos descartar esta posibilidad.

Debe ponerse de relieve que tradicionalmente, como opción alternativa a la gestión directa, la prestación de los servicios a las personas se realizaba bajo la modalidad de contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de “concierto” o “concesión”. La LCSP reconoce la figura de los conciertos sociales en esa DA 49ª cuando recoge la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas (CCAA) para articular instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social. En este sentido se excluye de la aplicación en el artículo 11. 6 de la LCSP. Es decir, para salirse de las exigencias de la LCSP es necesario una previsión legal expresa por parte de las CCAA, puesto que éstas han asumido competencias exclusivas en materia de Servicios Sociales.

A efectos de clarificar el régimen jurídico aplicable, la LCSP, con base en el citado Considerando, permite a las CCAA legislar articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, como una posibilidad de prestar “los servicios de interés general”, a través de nuevos instrumentos como la acción concertada, que queda, por tanto, expresamente reconocida en la disposición adicional 49ª de la LCSP. Por tanto, la gestión de los servicios sociales puede realizarse, tanto con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público, como mediante acuerdos de acción concertada, careciendo en este último caso de naturaleza contractual⁴.

El artículo 1.2 Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, es el reflejo de dicho reconocimiento, el cual expresa que “*se entiende por concierto social el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos. Se configura como un contrato administrativo especial, de acuerdo con lo previsto en el art. 25.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector*”

⁴ Este es el modelo seguido por algunas CCAA como Cataluña, Aragón, Valencia y Asturias.



Público (EDL 2017/226876), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”.

Cumple señalar que dicha disposición es anterior a la entrada en vigor de la actual LCSP, y por el contrario, configura el concierto como contrato administrativo especial, es decir una modalidad diferenciada del concierto general regulado en el artículo 85.2 B) de la LRBRL y 277 c) del TRLCSP, texto vigente en el momento de aprobarse la legislación (Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales), y por tanto, excluida de su ámbito de aplicación, tal y como se aclara en el Preámbulo de las distintas regulaciones autonómicas, con base en el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE. Por ello está sujeto a la LCSP.

En este sentido interesa hacer mención de que se trata de la prestación de servicios de interés general a los ciudadanos, concepto que no tiene una única acepción legal, ni doctrinal ni jurisprudencial y que tampoco la LCSP deslinda, de tal modo que puede reconocerse que se utiliza el término servicio público sin precisar a qué tipo de prestaciones se refiere.

Podemos resumir que, en cuanto al servicio público legal, se diferencian legalmente dos conceptos respecto de los servicios públicos que prestan las entidades locales:

1. Por un lado, los servicios públicos que prestan a los ciudadanos de forma obligatoria por venir impuestos por una Ley, los conocidos como servicios mínimos obligatorios, recogidos en los artículos 26 y 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBL).

2. Por otro lado, los servicios públicos locales que prestan o reglamentan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, en la acepción utilizada en los artículos 25.1 y 85.1 de la LRBRL; en el art. 31 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL). Se incluyen aquí los servicios de interés general, que incluye los servicios regulados o reglamentados, los servicios complementarios y los servicios mínimos obligatorios. En este sentido la LCSP usa este último concepto de servicio público al definir el contrato de concesión de servicios en su artículo 15.1, es decir, cualquier servicio puede ser prestado contractualmente en régimen de concesión, con el sólo requisito de que sea susceptible de explotación y se traslade al concesionario el riesgo operacional de dicha explotación⁵.

Por otro lado, los artículos 284.2 y 285.1 de la LCSP, se refieren a los servicios públicos en sentido estricto al indicar expresamente *“en los casos en que se trate de servicios públicos”*. Y el artículo 312.a) crea una nueva figura jurídica los *“servicios especiales”*. La DA 47^a distingue entre *“contratos de concesión de servicios del anexo IV”*, y *“contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV”*.

En Andalucía, donde se desarrolla el contrato, de acuerdo con la previsión específica recogida en la D.A. 49^a LCSP, ha promulgado como hemos visto, su propia normativa de prestación de servicios a las personas de carácter social en el Decreto mencionado. Señalábamos que la actual norma que sirve de base a la reglamentación de desarrollo es anterior al artículo 312a) de la LCSP. La Ley posibilita que los servicios en favor de la ciudadanía pueden gestionarse por un tercero mediante una concesión de servicios, si el contrato trasfiere de manera efectiva al contratista el riesgo de la explotación, o por un contrato de servicios en favor de la ciudadanía del artículo 312 si el contratista solo asume el riesgo y ventura normal de todo contrato.

⁵ El artículo 284.1 de la LCSP incide en ello desde la misma acepción amplia de servicio público.



De este modo, y al no precisar el artículo 312 de la LCSP qué servicios en concreto pueden recibir esta calificación, el órgano de contratación se encuentra ante la decisión de optar por el tradicional contrato de servicios (artículos 16 y 308 a 315 de la LCSP), o por el contrato que regula el artículo 312 LCSP, que sin embargo tiene similar preparación que las concesiones de servicios, y algunas otras consideraciones idénticas en su ejecución. Esto sucede, con el contrato de ayuda a domicilio, hasta ahora tramitado generalmente como un contrato de servicios, pero que parece evidente que se tratan de prestaciones directas en favor de la ciudadanía, que sería más apropiado con la regulación de la LCSP, considerarlo y tramitarlo como un contrato del artículo 312 de la misma.

No obstante, siendo la redacción del Decreto del concierto social anterior a la actual LCSP, sigue estando configurado como contrato de servicios, y por tanto estando los pliegos consentidos, debe estarse a este régimen jurídico de este tipo contractual.

2. A continuación, se ha de expresar que la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (LSSA), dispone que tiene por objeto ordenar y regular el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. El artículo 24.2 del mismo texto legal establece que el citado sistema estará integrado por el conjunto de servicios, recursos y prestaciones que se ofrecen desde la Consejería competente en materia de servicios sociales de la Junta de Andalucía y, en su caso, su ente instrumental; por el conjunto de servicios, recursos y prestaciones que se ofrecen desde las Entidades Locales de Andalucía, y, en su caso, desde sus entes instrumentales; y, en general, todos aquellos servicios, recursos y prestaciones de titularidad privada que ofrezcan sus servicios a la ciudadanía bajo cualquier forma de contrato con la Administración de la Junta de Andalucía, con las Entidades Locales o con cualquiera de sus entidades instrumentales. Se trata de un sistema que, con vocación integradora, recoge también las prestaciones establecidas como derecho subjetivo en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. La Ley 9/2016 regula en sus artículos 101 y siguientes la participación de la iniciativa social y privada mediante el régimen del concierto social, entendiendo por tal “*el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos*”.

En cuanto a la financiación, la citada por las partes, Orden de 27 de julio de 2023, de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía señala en el artículo 24 dispone que:

“1. En el supuesto del servicio no vinculado a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, la financiación provendrá de las aportaciones de la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma de Andalucía, las Entidades Locales, y de la persona o unidad familiar o de convivencia destinataria del servicio. Las aportaciones de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía se realizarán a través de transferencias anuales por la Consejería competente en materia de servicios sociales para el mantenimiento de la Red de Servicios Sociales Comunitarios, teniendo en cuenta los criterios de financiación previstos en el artículo 41 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, por el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.

2. El Servicio de Ayuda a Domicilio prestado a las personas que lo tengan prescrito en la resolución aprobatoria del Programa Individual de Atención se financiará con las aportaciones de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como con las aportaciones de las personas usuarias del servicio, sin perjuicio del complemento económico que las Entidades Locales puedan realizar para la financiación del servicio.



Para garantizar la prestación del mismo, la Consejería competente en materia de servicios sociales suscribirá convenios de colaboración con los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales, conforme al modelo previsto en el Anexo IV. Mediante estos convenios, las Entidades Locales se comprometen a la prestación del servicio en su ámbito territorial y la citada Consejería a realizar las transferencias correspondientes a la aportación de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, para garantizar la prestación del servicio, las Diputaciones Provinciales también podrán suscribir convenios de colaboración con los Ayuntamientos de su ámbito territorial para la prestación del servicio.

La cuantía que corresponda a cada Entidad Local se calculará a mes vencido, en función del número de horas efectivamente prestadas, el coste o costes/hora del servicio y la aportación realizada por las personas usuarias. La aplicación conjunta de estas tres variables se realizará de la siguiente manera:

Respecto a cada persona usuaria, se multiplicará el número de horas efectivamente prestadas por el coste del servicio, restando a la cantidad resultante el importe de su aportación. A estos efectos: (...)

b) Cuando el servicio sea prestado por una entidad privada o pública que no sea a la propia Corporación Local, el coste/hora del mismo será el coste/hora abonado a la entidad, con el límite del coste/hora máximo fijado para su financiación. Este coste/hora irá destinado íntegramente a la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio”.

Es decir, se establece un precio máximo de coste a financiar, que podrá ser superior si la entidad local respectiva sufre dicha diferencia.

3. El PCAP, no realiza ninguna referencia al artículo 23 de dicha Orden, relativo a los criterios de adjudicación de la contratación, como se ha transcrito en la anterior consideración jurídica.

4. Figura en el expediente la memoria técnica justificativa en donde se establece que como presupuesto máximo, se ha tenido en “cuenta que el presente contrato se plantea en función de necesidades, por precio unitario de la hora y en cumplimiento de lo preceptuado en la Disposición Adicional 33, se fija el siguiente presupuesto máximo del contrato por anualidades:

De conformidad con lo establecido en el art 102 de la LCSP, las proposiciones de los licitadores se formularán sobre precios unitarios a un tipo máximo de:

Precio/hora sin IVA: 15,53 €

IVA 4%: 0,62 €

Precio/ hora con IVA: 16,15”.

En la propia memoria se establece que se aplica “la Resolución de 9 de julio de 2024, de la Dirección General de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se actualiza el precio/hora máximo del servicio de ayuda a domicilio en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se aprueba la actualización del coste/hora máximo del Servicio de Ayuda a Domicilio, aumentando su cuantía un 4,5%, fijando el coste máximo en 16,15 €/hora”.

No obstante, dicha resolución nunca se ha mencionado como justificación o motivación para establecer un tipo mínimo a los efectos de presentar la oferta, menos aún como causa de exclusión de la misma.



5. Debe recordarse que el presupuesto base de licitación, ha de ser entendido en este supuesto concreto, en donde no se ha establecido ninguna singularidad en cuanto a su régimen jurídico que el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, debe atender a que el mismo sea adecuado a los precios de mercado (artículo 100.2 de la LCSP). En particular, es preciso que el precio sea idóneo para el efectivo cumplimiento del contrato a través de la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado. Y en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios (artículo 102.3 de la LCSP).

Esta previsión normativa se encuentra justificada por dos aspectos relacionados entre sí, por un lado, asegurar que el objeto del contrato, y, por ende, la satisfacción del interés general que lo justifica se ejecutará en condiciones de normalidad; y por otro lado que la persona o entidad adjudicataria cumplirá con la normativa laboral que resulte de aplicación. Por esta razón, sin olvidar el principio de eficiencia económica y control del gasto, debe garantizarse una contraprestación económica justa y adecuada al objeto del contrato.

6. Examinada dicha memoria justificativa, lo cierto es que el precio/hora como coste laboral no se ha configurado conforme a los convenios colectivos, que si bien se citan, no se expresa que respecto el precio hora sea acorde con los costes laborales, todo ello conforme a la configuración de este contrato como contrato administrativo de servicios especiales, además de que no traslada esa limitación en cuanto a la oferta de los oferentes, como criterios de adjudicación del PCAP.

La memoria viene a justificar que se aplica respecto a la Resolución 9 de julio de 2024 citada, para actualizar el coste/hora máximo del servicio de ayuda a domicilio, aumentando su cuantía un 4,5%, a los efectos del sistema de financiación del servicio previsto por el artículo 24 de la Orden de 27 de julio de 2023. Así se explica que *“la experiencia acumulada en la financiación y gestión del servicio de ayuda a domicilio, aconseja aumentar el coste/hora máximo del mismo, de manera que se garantice su prestación con los niveles de calidad exigibles en el ámbito del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. Por otra parte, esta mejora de la financiación del servicio contribuye a garantizar la sostenibilidad del sector y la calidad del empleo que genera en nuestra comunidad autónoma”*.

La fundamentación del precio se limita, no a informes económicos sino a la precitada resolución que procede a aprobar el coste/hora del servicio, de conformidad con el cual se transferirán las cuantías a los municipios para la financiación de las prestaciones. En este sentido, cumple mencionar que La LCSP exige que la determinación del precio se realice tomando en consideración los términos económicos de los convenios colectivos, y la motivación exteriorizada por la Administración demandada a tal efecto es totalmente inexistente. Es evidente que no queda acreditado que el presupuesto base de licitación y el precio haya sido determinado en atención a los criterios establecidos en los artículos 100 a 102 de la LCSP, pues se ha limitado a ajustarse a la financiación que el Ayuntamiento recibe para la prestación de este servicio, pues el presupuesto base de licitación, que ha de ser adecuado al mercado y plenamente respetuoso con la normativa laboral, no puede quedar condicionado por la financiación externa que reciba el poder adjudicador. Conforme a los artículos 100 y siguientes de la LCSP, el presupuesto base de licitación debe calcularse con rigor y precisión, pues de ello dependerá en gran medida la viabilidad del servicio y el cumplimiento de la normativa laboral aplicable; y la citada ley, siguiendo el criterio de las directivas que traspone, otorga un evidente protagonismo a los convenios colectivos, que en este caso no consta que hayan sido observados. En este sentido, la sentencia 3659/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso de Granada (sec. 1ª), de 19 de diciembre de 2023, rec. 2/2021.



En cualquier caso, los pliegos están consentidos y son aplicables dado que los mismo no consta que hayan sido impugnados por las partes ex artículo 139 LCSP.

7. El artículo 140 del Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía, modificó la Orden de 27 de julio de 2023 reguladora del Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía, estableciendo que *“los pliegos de cláusulas administrativas particulares que hayan de regir los procedimientos de contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio SAD, deberán ajustarse a los siguientes criterios (...)”, entre esos criterios se establece que en esos pliegos se ha de fijar que “el precio/hora de las adjudicaciones referidas al servicio de ayuda a domicilio, en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrá ser, en ningún caso, inferior al fijado en la resolución por la que se establezca el coste/hora máxima del citado servicio, aprobada por el órgano competente y publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía”.*

En este sentido, conforme a la disposición adicional única del Decreto 41/2018, *“el precio de los servicios concertados será el determinado por la normativa aplicable a los correspondientes servicios”,* no pudiendo por tanto las entidades prestadoras del servicio a autonómica fijar sus precios libremente, debiendo respetar, en todo caso, y como mínimo el precio fijado por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía en ejercicio de sus competencias.

8. No obstante, el último párrafo del artículo 23 de la citada Orden de 27 de julio de 2023 dispone que *“El precio/hora de las adjudicaciones referidas al servicio de ayuda a domicilio, en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrá ser, en ningún caso, inferior al fijado en la resolución por la que se establezca el coste/hora máxima del citado servicio, aprobada por el órgano competente y publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía”,* previsión que conforme a lo dispuesto en el artículo 100 y siguientes de la LCSP ha de estar dirigida al órgano de contratación, para que articule los mecanismos necesarios para dar cumplimiento a dicho mandato legal. Circunstancia que no ha acontecido en la licitación que se examina, lo que tendrá los efectos correspondientes en virtud del instrumento de colaboración suscrito con la Consejería competente, pero no en la licitación conforme a los pliegos que se encuentran consentidos.

9. Sobre lo anterior, se debe destacar el hecho de que no consta que la entidad recurrente, que ha quedado clasificada en tercer lugar, haya impugnado los pliegos de la licitación en lo que se refiere a la fórmula establecida y el tope en su caso de mínimo que posibilita ofrecer un precio por debajo del precio hora fijado. Es decir, no puede ahora en fase de adjudicación, cuando el resultado de la misma no le beneficia, alterar dicha calificación a los efectos de poder acceder a esta vía de recurso. Conforme a la doctrina de este Tribunal establecida en su Resolución 391/2015, de 17 de noviembre (desarrollada en otras posteriores; Resoluciones 104/2022, de 11 de febrero y 381/2022, de 13 de julio, entre otras), la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *“pacta sunt servanda”* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos que lo califican de obras.

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente, en la fase de valoración de las ofertas tratándose de los criterios de adjudicación- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego o



del criterio en cuestión en la medida que propician una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

En este sentido, este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación. Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación.

Al respecto cabe señalar la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (rec. 7644/2019) que recuerda la doctrina de los límites de la impugnación indirecta de un pliego de contratación al tiempo de recurrir los actos de adjudicación o exclusión sentada por la STS 398/2021 (rec. 4883/2019) que establece la siguiente doctrina casacional sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública:

«[...] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva. [...]».

Ninguno de los escenarios descritos es de aplicación al presente supuesto en el que desde el primer momento el licitador supo la fórmula, y que la misma no establecía ningún tipo de limitación de mínimos, por lo que si consideraba que el mismo estaba incorrectamente calificado debió recurrir los pliegos y al no hacerlo, en los términos que se han argumentado, los dejó firmes de forma que no pueden ser cuestionados ahora porque la recurrente estima conveniente acceder a la vía del recurso especial. Por lo demás, este es el criterio sostenido por otros órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Central de Recursos Contractuales que en la Resolución 49/2017, de 20 de enero, concluye en un supuesto muy similar al presente que:

«Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al “venire contra factum proprium” y al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional a que se refiere la Sentencia del TJUE de 12 de marzo 2015 (asunto C-538/13)».

Sobre esta cuestión también resulta ilustrativa nuestra Resolución 261/2022, de 6 de mayo, en la que se hace referencia a la Sentencia 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] al afirmar que *«En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se*



desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “venire contra factum proprium”».

10. En el supuesto que se examina, una lectura de la fórmula económica permitía conocer el modo en que se iba a llevar a cabo la valoración de los criterios de adjudicación. Así pues, la recurrente pudo impugnar los pliegos en el plazo de impugnación establecido en la ley para ello, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resulta desde ese momento inalterable; sin embargo, en su lugar, formuló oferta aquietándose a los pliegos y tras la exclusión de la misma los cuestiona una vez que aquellos son firmes y consentidos, pretendiendo la nulidad de la adjudicación.

Sobre la nulidad de pleno derecho dispone el artículo 39 de la LCSP lo siguiente:

“1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135.

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:

1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,

2.º Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.



f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.

g) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

h) La falta de mención en los pliegos de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122”.

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) establece que: «1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.»

Sin embargo, la recurrente pretende la impugnación indirecta de los pliegos que aceptó al presentar su oferta, para con ello conseguir la nulidad de la adjudicación y en su caso de la licitación, sin tan siquiera encajar los hechos dentro de alguna de las causas tasadas de nulidad previstas en el artículo 39 de la LCSP, con relación al artículo 47 LPAC, pues si bien cita el apartado f) del artículo 47.1. la justificación ya ofrecida, haría decaer esa supuesta nulidad. Asimismo, no explica la causa del artículo 47.2 LPAC que denuncia, es decir, qué disposición administrativa vulnera “la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior”.

Tampoco la anulabilidad denunciada.

Concluimos recordando que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), ya señalaba que puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, se impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido. En igual sentido, la Sentencia 118/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2016, afirma que “el sometimiento del recurso especial contra los pliegos a plazo es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

En consecuencia, una cláusula nula del PCAP o del PPT deberá ser recurrida dentro del plazo legalmente previsto, y si no se hace así, solo cabrá utilizar la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre] reclamando de la Administración autora del acto, contra el que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, la declaración de nulidad, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u



órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere. (...) Si no es así, no cabe efectuar pronunciamiento alguno sobre dicha clase de nulidad, cuando no se ha interpuesto el recurso administrativo o especial en materia de contratación en plazo. Dicha postura ha sido reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 23 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1993, 23 de Enero de 1996, 18 de Febrero y 9 y 23 de Octubre de 1997, 29 de junio del 2000 y 25 de septiembre de 2007 que sientan la doctrina que el ataque a los actos nulos de pleno derecho fuera del plazo establecido para su impugnación, tiene su camino perfectamente marcado en el ordenamiento jurídico, es decir, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la (...) revisión de oficio”.

En consecuencia, concurre causa de inadmisión de esta pretensión subsidiaria de pretensión de anulación de los pliegos.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ARQUISOCIAL S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 17 de diciembre de 2024, dictado en el seno del procedimiento de contratación denominado «Servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Motril», (Expte. SERV/ABR/CONTRATACION 2023000034), convocado por el Ayuntamiento de Motril (Granada).

SEGUNDO. Levantar la suspensión del procedimiento acordada mediante la medida cautelar 11/2025, de 24 de enero.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas 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.

