

Recurso 93/2025
Resolución 144/2025
Sección Tercera

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

Sevilla, 11 de marzo de 2025.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO ADL SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA**, contra el acuerdo de 16 de febrero de 2025 del órgano de contratación de adjudicación 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. presenta en el Registro de este Tribunal, recurso especial contra el acuerdo de la mesa de la mesa de contratación de 17 de diciembre de 2024, que fue tramitado con el número 13/2025. El Tribunal desestimó dicho recurso en la resolución 61/2025 de 5 de febrero de 2025, que ponía fin al procedimiento.

TERCERO. El 5 de marzo de 2025 se presenta recurso especial por la entidad GRUPO ADL SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA. Esta entidad fue considerada parte interesada en dicho recurso especial 13/2025, y a la misma le fue notificada la resolución 61/2025, desestimatoria.

Esta resolución contenía el siguiente pie de recurso:

“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”.

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.

SEGUNDO. 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.

Parece, pues no se cita expresamente en el recurso que el acto impugnado es el acuerdo de adjudicación de fecha de 16 de febrero de 2025, publicado en la plataforma el día 17 de febrero de 2025. Sí se acompaña la publicación de la adjudicación, pero no la resolución de adjudicación.

No obstante, el acto impugnado debe ser objeto de análisis.

Establece la entidad recurrente lo siguiente en el fundamento de Derecho segundo de su escrito de recurso especial:

“En cuanto al objeto de recurso, el art. 44.1 a) y 44.2 a) de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos (...) de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros (...).

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:(...)

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

(...)

c) Los acuerdos de adjudicación”.

El contrato que nos ocupa tiene un valor estimado de 22.442.920,89 de euros, por lo que se encuentra dentro de los supuestos que permiten la interposición de recurso especial en materia de contratación.

El acto impugnado debe entenderse que es la resolución de 16 de febrero de 2025 que adjudica el contrato, por lo que debe estimarse como acto susceptible de impugnación.



TERCERO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP, considerando que el acto formalmente impugnado es la resolución de adjudicación.

CUARTO. Legitimación de la entidad recurrente: inadmisión por no impugnar su exclusión.

En cuanto a la legitimación de 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, debe ponerse en relación con el interés manifestado con relación al acto de adjudicación de 16 de febrero de 2025.

La resolución 61/2025, de 5 de febrero que resolvía el recurso 13/2025 impugnaba la indebida admisión de dos ofertas por parte de la mesa de contratación.

La indebida admisión se impugnaba respecto a la propuesta de resolución de la mesa de contratación, de 17 de diciembre de 2024. En concreto se denunciaba la infracción de norma de carácter imperativo, a efectos de interesar la exclusión de las ofertas presentadas por CLAROS S.C.A. y MACROSAD S.C.A. estimando que con su admisión se vulneraba 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. Se alegaba que las ofertas presentadas por ambas entidades son inferiores al precio fijado en la Resolución de 9 de julio de 2024 (15,53 euros/hora, IVA excluido).

Ya en aquel recurso se argumentaba 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”.

Indicaba aquel recurso especial 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”.*

Invocaba 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 (...)”.*

Terminaba a su vez 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 (...)”.* Explicaba que admitir ofertas que incumplen normas



imperativas genera una situación de desigualdad competitiva, perjudicando a aquellos licitadores que cumplen con las disposiciones legales.

Consta en aquel recurso que la misma entidad que ahora recurre, aparecía entonces como interesada y alegaba, en el trámite de alegaciones conferido que apoyaba 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.

Es decir, ya manifestó ser conocedor de la cláusula del criterio de adjudicación en el momento de la admisión.

En cualquier caso, ya en dicha propuesta que era definitiva (pues fue excluida por no superar el umbral de puntuación en los criterios de juicio de valor para lo que la mesa es la competente), se expresaba que la entidad ahora recurrente (GRUPO ADL SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA) resultaría excluida, pues el artículo 326.2 de la LCSP que establece las funciones de la mesa de contratación indica lo siguiente:

«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»».

A la luz de la regulación legal expuesta, la mesa de contratación -como órgano de asistencia técnica al órgano de contratación- debía limitarse, a proponer motivadamente al órgano de contratación la propuesta de aceptación o rechazo de la oferta; siendo el órgano de contratación el competente para excluir o aceptar la proposición. Es decir, el acto de la mesa de contratación, no era un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, dado que no concurre en el mismo ninguna de las circunstancias del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado, pues no determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causaba un perjuicio irreparable ni decidía sobre la adjudicación, sino que el supuesto defecto de tramitación, se podía alegar al recurrir el acto de exclusión o, en su caso, el de adjudicación, en ambos casos adoptados por el órgano de contratación.

Pues bien, ahora con el recurso especial que se examina, si bien recurre el acto de adjudicación, y con relación al mismo pretende la impugnación indirecta de los pliegos a través del recurso frente a la adjudicación, bajo unos motivos ya abordados en la resolución 61/2025, de 5 de febrero, deja sin embargo sin atacar la exclusión de su oferta, que se confirma con la resolución de adjudicación de 16 de febrero de 2025.



Esta exclusión, se produce según el acta de la mesa de 17 de diciembre de 2024, debido a que en la cláusula 19 del PCAP se establecía un umbral mínimo de puntuación que literalmente transcrito expresaba:

“Conforme a lo establecido en el artículo 146.3 de la LCSP, se establece un umbral mínimo de puntuación a obtener por el licitador en la valoración de los criterios subjetivos ponderables en función de un juicio de valor, anteriormente descritos, de al menos el 50%, lo que supone obtener al menos 17,50 puntos. Los licitadores que no alcancen el 50% quedarán excluidos.”

La puntuación obtenida fue de 14,75 puntos, es decir, no llegaba al umbral y resultaba excluida, siendo ahora confirmada la exclusión, sin que la misma resulte impugnada, por lo que deja sin combatir su exclusión lo que determina que debamos proceder a efectuar un análisis del interés legítimo que asiste a la recurrente, a la vista de los motivos esgrimidos en su recurso, puesto que no combate sustantivamente la decisión de exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación, sino que lo que denuncia, en el fondo, es la indebida admisión de la propuesta como adjudicataria, así como la vulneración del principio de legalidad que predica de todo el procedimiento de adjudicación en el que ha participado la recurrente, haciéndolo sobre los motivos concretos que hemos señalado con anterioridad.

Pues bien, una simple lectura del contenido del escrito del recurso nos permite inferir que, en efecto, aquél no se dirige a combatir la exclusión de la oferta de la recurrente sino que se ataca, de manera indirecta, la indebida admisión de la adjudicataria, sin haber combatido previamente los motivos de su exclusión, por lo que ha dejado aquélla firme y consentida, careciendo de legitimación la recurrente para accionar contra la admisión de la otra licitadora, al convertirse en una entidad ajena a la licitación.

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 360/2020, de 29 de octubre y 296/2021, de 29 de julio) se ha analizado el concepto de interés legítimo y, por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

La jurisprudencia señala que, al conceder el artículo 24.1 de la Constitución Española el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales –y por ende, a los órganos administrativos- la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales o procedimentales administrativas utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales o procedimientos administrativos. Por ello, de manera reiterada la doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, se ha declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.



Resulta evidente que la oferta de la ahora recurrente ha sido excluida de la licitación, sin que en el presente recurso, el motivo de dicha exclusión haya sido atacado ni combatido sustantivamente. En efecto, la pretensión ejercitada, va dirigida a la anulación de la adjudicación y de los pliegos, pero desde un punto de vista material, no se sustenta en la alegación de ningún motivo que vaya dirigido a combatir la decisión de la mesa de exclusión, habiendo de considerarse que el acto de exclusión ha devenido firme y consentido, al no plantear motivos de oposición al mismo.

Con fundamento en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser inadmitido por falta de legitimación, en relación con la pretensión dirigida sustantivamente contra la admisión de la entidad propuesta como adjudicataria, por las razones expuestas, y a mayor abundamiento, desestimado por falta de viabilidad de la pretensión ejercitada en atención al contenido impugnatorio.

QUINTO. A mayor abundamiento. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto: la cuestión de fondo quedó resuelta en la resolución 61/2025 de 5 de febrero.

Determinada la falta de interés en concreto de la entidad recurrente, al dejar sin impugnar su exclusión procede abordar el abstracto interés legítimo en el recurso, aunque no determina sin más la viabilidad de este, pues la controversia que se suscita en el mismo versa en definitiva sobre un extremo sobre el que ya se ha pronunciado este Tribunal.

Sobre el fondo del asunto expresaba la resolución citada, 61/2025, de 5 de febrero, lo siguiente:

“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 benévolos, 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”.

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.



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.) 49ª de la LCSP permite que las Comunidades Autónomas 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

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

³ Ese 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.



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 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

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



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 47ª 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. 49ª 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.

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”.

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



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 sule 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. 1º), 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 fundadamente 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 concurran 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”.

En definitiva, con arreglo a la doctrina asentada por este Tribunal ante situaciones similares a la aquí producida (v.g. Resoluciones 317/2018, 15/2019, 454/2021 y 197/2022), la interposición del presente recurso especial reabre una cuestión litigiosa sobre la que ya se ha pronunciado este Órgano y que quedó zanjada en la Resolución 61/2025. Lo que ahora pretende la recurrente es un cambio o modificación de criterio por parte del Tribunal, pretensión que legalmente no es posible puesto que no cabe que este Órgano pueda revisar sus decisiones, siendo así que la única vía de que disponía la recurrente para combatir el sentido de la misma, como se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, era la impugnación de la citada Resolución en la vía jurisdiccional contencioso administrativa. Esta circunstancia era conocida por la entidad recurrente la cual fue parte del presente procedimiento.

En tal sentido, el artículo 59 de la LCSP viene a señalar que la resolución del recurso especial solo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, siendo directamente ejecutiva y sin que proceda la revisión de oficio de la misma.

En consecuencia, a mayor abundamiento, además de la falta de legitimación por falta de interés directo, al dejar sin impugnar su exclusión, el recurso especial examinado además debe desestimarse al plantear una controversia sobre la que ya se pronunció este Tribunal en su Resolución 61/2025, con infracción del artículo 59 de la LCSP.



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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO ADL SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA**, contra el acuerdo de 16 de febrero de 2025 del órgano de contratación de adjudicación 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), por falta de legitimación activa.

SEGUNDO. Levantar la suspensión del procedimiento automática producida con la interposición del recurso ex artículo 53 de la LCSP.

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.

