

ASUNTO: Informe solicitado por el Ayuntamiento de xxx sobre "RECURSO DE REPOSICIÓN PLANTEADO CONTRA PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES QUE RIGEN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS DE HOGAR CLUB DE LA TERCERA EDAD CON PISO TUTELADO Y CENTRO DE DÍA"

671/18

FC

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr/a. Alcalde/sa del Ayuntamiento de xxx, esta Oficialía emite el presente Informe, el cual no tiene carácter vinculante.

I. HECHOS. ANTECEDENTES

- Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Recurso de Reposición contra dicho pliego planteado por la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio, ASADE.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.
- Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El recurrente basa el motivo de su recurso en uno de los criterios de valoración de las ofertas, relativo a la forma jurídica de los licitadores.

En la cláusula decimotercera del PCAP, punto tres, se establece lo siguiente:

"3.- Por las características societarias del licitador, hasta un máximo de 40 puntos. - Sociedades Cooperativas de trabajo asociado, 10 puntos. - Empresas y sociedades en que la estructura de dirección, gestión y propiedad que ejecute el contrato se base en la propiedad de los empleados, 10 puntos. - Empresas que faciliten la integración de la mujer en el mercado laboral, 10 puntos para aquellas integradas exclusivamente por mujeres, 5 puntos para aquellas que integren un mínimo del 75 por 100 en su plantilla. - Empresas que tengan en su plantilla trabajadores contratados en riesgo de exclusión social, acogidas al programa II del Decreto 131/2017, de 1 de agosto, de la Consejería de Educación y Empleo, 10 puntos".

Debe tenerse en cuenta en primer lugar que el artículo 1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP), establece entre los principios rectores de la contratación pública la "libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y **no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores**". Ya el hecho de otorgar puntos en la valoración de las ofertas por tener una determinada forma jurídica el empresario licitador (sociedad comparativa de trabajo, etc) constituye un claro trato desigual, e incluso discriminatorio, hacia aquellas empresas que no cuenten con tal forma societaria.

Por otro lado, el artículo 145 de la LCSP, cuando regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, en su apartado 5º exige que "**En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato ...**"

A los efectos de concretar cuando un criterio de valoración está vinculado al objeto del contrato el artículo 150.6 determina que " Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación

o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”

Ninguna vinculación con el objeto del contrato tiene que el adjudicatario tenga la forma jurídica de cooperativa, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, persona física, etc.

Expone el recurrente numerosa doctrina y jurisprudencia sobre la improcedencia de establecer como un criterio de valoración de las ofertas la forma societaria de los licitadores. Doctrina y jurisprudencia que consideramos bien traída y aplicable al supuesto que nos ocupa y que, por no hacer más extenso el presente informe, no reproducimos.

SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.-Insta el recurrente, y en tanto, se resuelve el recurso planteado contra el criterio referenciado, la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

El artículo 117.2 de la Ley 39/2015. del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) posibilita la suspensión de la ejecución de los actos administrativos en tanto se resuelve un recurso administrativo interpuesto con aquellos:

“1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.”

Siendo que la continuidad de la tramitación del expediente pudiera causar daños, en este caso si no de imposible o difícil reparación, sí que pudiera ocasionar graves perjuicios económicos al Ayuntamiento en el supuesto de que se produjera una adjudicación manteniendo este criterio y recayese la misma precisamente sobre una sociedad

cooperativa por el hecho de haber obtenido 10 puntos por tener tal forma societaria, consideramos procedente que en tanto se resuelve el recurso, por el órgano de contratación se dicte acuerdo de manera inmediata determinando la suspensión de la tramitación del expediente.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.-No resulta ajustado a derecho establecer como uno de los criterios de valoración de ofertas una determinada forma jurídica de los empresarios licitadores. Por consiguiente estimamos que por el órgano de contratación deberá adoptarse acuerdo estimando el recurso de reposición y rectificando el pliego de cláusulas, haciendo desaparecer tal criterio de valoración (*Por las características societarias del licitador, Sociedades Cooperativas de trabajo asociado, 10 puntos*)

SEGUNDA.-En tanto se dicta acuerdo de estimación del recurso, y de manera inmediata, debería adoptarse acuerdo de suspensión de la tramitación del expediente de contratación de referencia.

TERCERA.-Rectificado el pliego en el sentido indicado, deberá procederse nuevamente a la publicación del anuncio de licitación y rectificación del criterio aludido; otorgando un nuevo plazo para la presentación de ofertas.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de xxx que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

EL ASESOR JURÍDICO

**EL COORDINADOR DE COOPERACIÓN
MUNICIPAL**

En Badajoz, 2018