

Recurso 509/2019

Resolución 106/2020

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

Sevilla, 12 de mayo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Fuengirola» (Expte. 52/2019-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 diciembre de 2019 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, dicho día los pliegos y demás documentación fueron puestos a disposición de las posibles personas interesadas.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 7.523.318,88 euros, con un plazo de ejecución de 24 meses.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 (en adelante LCSP).



Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 26 de diciembre de 2019 fue remitido a este Tribunal, a través de Correos, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (en adelante AESTE) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares, dicho escrito de recurso fue recibido por correo electrónico en este Órgano el mismo día.

CUARTO. Mediante comunicación de 27 de diciembre de 2019, la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicita que remita el informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación solicitada fue aportada el 7 de enero de 2020, salvo el listado de entidades licitadoras que es remitido, previa petición, el 5 de febrero de 2020.

QUINTO. Por Resolución de 28 de enero de 2020 de este Tribunal se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO. Con fecha 10 de febrero de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes



al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), aun cuando no ha puesto de manifiesto que dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».



Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados»*.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y ello por entender que en aquel se incumplen determinados aspectos relacionados con los criterios de adjudicación.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de AESTE su fin primordial es la defensa, representación y gestión de los intereses sociolaborales de las empresas que la integran, así como la defensa de los intereses legítimos del sector a nivel colectivo en el ámbito sociolaboral.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el PCAP, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, el PCAP se publicó el 5 de diciembre de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose ese día a disposición de las entidades interesadas el contenido del mismo y demás documentos contractuales, por lo que al haberse remitido el escrito de recurso el 26 de diciembre de 2019, con las exigencias previstas en el artículo 51.3 de la LCSP, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La asociación recurrente interpone el presente recurso contra el PCAP que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a la anulación y, en consecuencia, se subsane esta incidencia conforme a lo expuesto en el cuerpo del recurso, contemplando criterios de acceso a la convocatoria conformes a derecho, y que permitan la libre participación con la



transparencia necesaria, para cualquier empresa que reúna los requisitos para la prestación del servicio que se requiere.

Funda su pretensión en que a su juicio el criterio de adjudicación “Cº4 Mejoras de calidad” evaluable mediante la aplicación de fórmulas, en donde se valoran las mejoras previstas en el PCAP (servicios de peluquería, podología y fisioterapia), genera arbitrariedad.

Dicho criterio se recoge en el anexo 1 del PCAP, dentro de los de valoración por aplicación de fórmulas, con el siguiente tenor:

«Mejoras*

Aportaciones, propuestas o prestaciones relacionadas o vinculadas con el objeto del contrato, sin coste económico alguno para la administración, cuya oferta es potestativa u opcional para el licitador, y valorable conforme a los criterios de adjudicación.

Se valorará la proposición de las siguientes mejoras al contrato:

☐ *Servicios de peluquería (excluido el peinado cotidiano y habitual, que ya está incluido en el objeto del contrato) a realizar en el domicilio de la persona beneficiaria del servicio de ayuda a domicilio (corte de cabello, peinados básicos, aplicación de color en el cabello, depilación facial)*

☐ *Servicios de tratamientos de podología a realizar en el domicilio de la persona beneficiaria del servicio de ayuda a domicilio (corte de uñas (excluidos los que no necesitan de la intervención de un profesional de la podología que ya está incluido en el objeto del contrato), tratamiento de durezas, tratamientos de callos, tratamiento de hiperqueratosis).*

☐ *Servicios de fisioterapia de media hora de duración a realizar en el domicilio de la persona beneficiaria del servicio de ayuda a domicilio.*

Una vez conocidas las mejoras incluidas, si las hubiese, por el adjudicatario del contrato, se remitirá carta a todos los beneficiarios del servicio de ayuda a domicilio informándoles de la existencia de estas mejoras. Igualmente, a las nuevas altas que se vayan produciendo se les informará de la existencia de esas mejoras.

El acceso a estas mejoras será a petición de la persona interesada, hasta agotarse el número anual de servicios ofertados por el contratante.

La proposición de las mejoras (opcional) se realizará junto con la oferta económica y el resto de los criterios de valoración objetiva.

Cº4 Mejoras de calidad: Hasta 9 puntos.



□ N° anual de servicios de peluquería (corte de cabello, peinados básicos, aplicación de color en el cabello, depilación facial) hasta 3 p.

□ N° anual de servicios de tratamientos de podología (corte de uñas, tratamiento de durezas, tratamientos de callos, tratamiento de hiperqueratosis) hasta 3 p.

□ N° anual de servicios de fisioterapia de media hora de duración. hasta 3 p.

En cada uno de los casos, se asignará la máxima puntuación a la oferta de mayor número anual de servicios y el resto se puntuará de forma proporcional.».

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

SEXTO. Como se ha expuesto, la recurrente denuncia que el criterio de adjudicación “C°4 Mejoras de calidad” evaluable mediante la aplicación de fórmulas, en donde se valoran las mejoras previstas en el PCAP (servicios de peluquería, podología y fisioterapia), genera arbitrariedad.

Al respecto, señala la asociación recurrente que *«si analizamos los criterios de adjudicación, tal como se desprende de los mismos, las mejoras, son parte evaluable (sic) obstante, en el pliego, únicamente señala la puntuación máxima que se podrá obtener, pero sin tasar las mejoras que se tendrán en cuenta y por tanto sin poner unos límites que entendemos, deben ser objetivos; justificados y sobre todo básicos, para que los posibles licitadores sepan cual debe ser la cuantía máxima de mejora que deben alcanzar si pretenden la consecución de los puntos que para ellas, se otorga en los pliegos».*

A continuación, el recurso tras transcribir los apartados 1 y 2 del artículo 142 de la LCSP y referirse al apartado 7 del artículo 145 de la citada ley, afirma que tal y como están expresadas las mejoras, no se cumplen los requisitos mínimos exigidos, puesto que sus límites no quedan expresamente definidos. Para reforzar su alegato trae a colación parte de alguna de las resoluciones de varios órganos de revisión de decisiones en materia contractual, así como de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2008, que según manifiesta define como un requisito esencial la previa concreción de todos los criterios de valoración, siendo la mejora uno de ellos. Así indica que dicha Sentencia señala que *«a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a*



posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación».

Concluye la asociación recurrente afirmando que las mejoras, tal y como vienen definidas en el pliego, que ahora es objeto de impugnación, deberían quedar claramente delimitadas, permitiendo a las posibles entidades licitadoras conocer de una manera previa, cual es el máximo de mejoras de cada clase que debería ofertar si quiere optar a la consecución de la máxima puntuación, debiendo por tanto quedar expresamente definidos los límites de las mismas, tal como se señala en el artículo 145.7 de la LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que los criterios de adjudicación impugnados están formulados de forma objetiva, precisa y clara, suficientemente definidos en cuanto a su contenido y método de ponderación, conforme a los cuales se asigna la máxima puntuación a la oferta que presente en cada categoría y/o en sus apartados el mayor número de unidades de prestación anual o el mayor porcentaje, distribuyéndose la puntuación a las restantes proposiciones de forma directamente proporcional, mediante una regla de tres simple, fórmula que respeta los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, permitiendo que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Por consiguiente, entiende que no estamos ante unos criterios abiertos e imprecisos, sino concretos en cuanto a lo que se pide como mejora, como aspecto de calidad objetiva o como criterio social, a lo que se evalúa, al umbral de valoración de cada criterio, y a como se valora, quedando en manos de la empresa ofertante la decisión de proponer el número de unidades de prestación o porcentaje que considere oportuno o disponga sin establecerse en el pliego un tope máximo de unidades que puedan ser ofertadas y/o valoradas, sistema que opera de forma similar al criterio de la oferta económica pero a la inversa, donde tampoco se establece un umbral mínimo por debajo del cual no se pueda bajar el precio, sin perjuicio de los supuestos de ofertas desproporcionadas.

A su juicio, los criterios se han definido con el suficiente nivel de concreción para permitir a las entidades licitadoras conocer de antemano cuales son las reglas que rigen la valoración de las ofertas, eliminando la posibilidad de que puedan producirse situaciones arbitrarias, pues como se puede apreciar en todos los criterios expuestos, el denominador común en su formulación consiste en la oferta de un numero anual o



porcentaje de un elemento, actuación o prestación concreta, estando suficientemente definidos los parámetros objetivos a valorar, y el sistema matemático de atribución de los puntos correspondientes mediante la regla de la proporcionalidad. Para reforzar su alegato trae a colación parte de la Resolución 679/2017 de 27 Julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por último, afirma el órgano de contratación que las mejoras por su objeto y contenido cumplen con el requisito de guardar relación con el objeto del contrato, resultando ser prestaciones extras respecto al mínimo exigido en el pliego, que favorecen las máximas posibilidades en beneficio y mejora de la prestación del servicio y del interés público.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar la controversia. En este sentido, la asociación recurrente, aun cuando transcribe en su recurso la parte del anexo 1 del PCAP, relativa a la descripción de las mejoras y a los criterios de adjudicación evaluables mediante aplicación de fórmulas C°3, C°4 y C°5, en el resto del recurso únicamente hace referencia a las mejoras, que según las previstas en dicho anexo solo comprenden los servicios de peluquería, podología y fisioterapia, que son objeto de valoración en el criterio de adjudicación “C°4 Mejoras de calidad”.

En efecto, respecto de las mejoras, el anexo 1 del PCAP las define como aportaciones, propuestas o prestaciones relacionadas o vinculadas con el objeto del contrato, sin coste económico alguno para la Administración, cuya oferta es potestativa u opcional para la entidad licitadora, y valorable conforme a los criterios de adjudicación, y acto seguido expresamente dispone que *«Se valorará la proposición de las siguientes mejoras al contrato: Servicios de peluquería (...) Servicios de tratamientos de podología (...) Servicios de fisioterapia (...)»*.

Así pues, conforme a lo alegado por la asociación recurrente y lo previsto en el anexo 1 del PCAP, este Tribunal solo examinará las mejoras definidas en dicho anexo y evaluables en el criterio “C°4 Mejoras de calidad”. En este sentido, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que las mejoras por su objeto y contenido cumplen con el requisito de guardar relación con el objeto del contrato, resultando ser prestaciones extras respecto al mínimo exigido en el pliego, que favorecen las máximas posibilidades en beneficio y mejora de la prestación del servicio y del interés público, circunstancias éstas que no serán objeto de análisis por este Tribunal, sin que se prejuzguen dichas afirmaciones. Solo será objeto de examen



el alegato de la recurrente en el que indica que los límites de las mejoras no quedan expresamente definidos en los pliegos.

Al respecto, las mejoras como criterio de adjudicación, en el presente año, han sido analizadas por este Tribunal en sus Resoluciones 19/2020, de 30 de enero, 79/2020, de 3 de marzo, 85/2020 y de 5 de marzo . En la 79/2020, se dispuso que para su análisis se ha de partir de la regulación legal, a propósito de las mejoras, contenida en el citado por la recurrente artículo 145.7 de la LCSP, y de la doctrina de este Tribunal y del resto de órganos de recursos contractuales al respecto.

Dicho artículo 145.7 de la LCSP dispone lo siguiente: *«En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.*

En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.

Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.».

Así pues, para que las mejoras puedan ser consideradas como criterio de adjudicación se han de cumplir los requisitos siguientes:

1. Deberán estar suficientemente especificadas. En este sentido, se considerará que esta exigencia se cumple cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción, los requisitos, límites, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.
2. Habrán de tratarse de prestaciones adicionales a las que figuren definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas.
3. No podrán alterar ni el objeto ni la naturaleza de las prestaciones del contrato.



4. No se les podrá asignar una valoración superior al 2,5 %, cuando la importancia en el baremo de los criterios sujetos a juicio de valor supere a la de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes obtenidos de la mera aplicación de fórmulas.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, estando en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, admite la existencia de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación.

En efecto, conforme se ha expuesto, el referido precepto, después de fijar la definición de mejora, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar ni el objeto del contrato ni la naturaleza de las establecidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas (párrafo tercero del artículo 145.7 de la LCSP). Al respecto, parece evidente que las prestaciones, no obligatorias, que mejoren las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de aquellas, ni el objeto del contrato, por lo que parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 LCSP son las prestaciones adicionales y distintas a las definidas en el contrato (v.g., entre otras, Resoluciones 388/2019, de 14 de noviembre, de este Tribunal y 591/2019, de 30 de mayo y 719/2019, de 27 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En este sentido, este Tribunal comparte lo expuesto por dicho Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la citada Resolución 591/2019 en la que se dispone en lo que aquí interesa que «*La expresión prestaciones adicionales a las definidas en el contrato se puede entender de dos maneras distintas:*

a) Todas las adicionales que excedan de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria

b) Solamente aquellas prestaciones adicionales no definidas en los pliegos.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de estudiar estas cuestiones con anterioridad, por todas, resolución número 20/2019, de 11 de enero de 2019, habiéndose decantado por la segunda interpretación propuesta, dado que el referido precepto después de fijar la definición, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar la naturaleza de las prestaciones establecidas en el PPT, ni el objeto del contrato. Es evidente que las prestaciones ofrecidas, no obligatorias, que mejoren las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto del contrato. Por lo que parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 LCSP son las prestaciones adicionales y distintas a las definidas en el contrato».



Pues bien, en lo que aquí interesa, en cuanto al alegato de la asociación recurrente relativo a que los límites de las mejoras no quedan expresamente definidos en los pliegos, ha de traerse a colación la citada Resolución 85/2020 de este Tribunal, que dispuso que *«En el caso que nos ocupa, el pliego ha calificado de forma expresa a esas ofertas como de mejoras, las cuales tienen la condición de criterios de adjudicación (artículo 145.7 de la LCSP). En consecuencia, han de cumplir los requisitos propios de estos, de manera que han de tener límites, ya sea a los que se refiere el apartado 7 del artículo 145, ya sean los referidos en el apartado 6, en cuya letra b) se establece que los criterios deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad.*

Con independencia de dicha calificación, es decir, ya se consideren mejoras o no, la indeterminación del número máximo de contenedores y papeleras a ofertar sería contraria al principio de igualdad de trato, libre concurrencia, y transparencia».

Queda, pues, claro que las mejoras como criterio de adjudicación han de tener límites. En este sentido, las previstas en el pliego y evaluables en el criterio “Cº4 Mejoras de calidad” no tienen límites, cuestión ésta que el propio órgano de contratación afirma en el informe al recurso *«sin establecerse en el pliego un tope máximo de unidades que puedan ser ofertadas y/o valoradas»*. En efecto, en las prestaciones de peluquería, podología y fisioterapia, lo que se valora en cada una de ellas es el número anual de servicios que se oferten, sin que se especifiquen un número máximo anual. Al respecto, cabría preguntarse, a la hora de su valoración, cuál sería para el órgano de contratación el número máximo anual proporcionado de servicios para cada uno de ellos: 10, 100, 1.000 ó 100.000.

En definitiva, el no establecer en las mejoras como criterio de adjudicación un límite que sea proporcionado, conforme a lo previsto en el artículo 145.7 de la LCSP, se vulneran los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

En este sentido, no es posible admitir el alegato del órgano de contratación en el que manifiesta que el sistema utilizado para valorar los criterios objeto de impugnación opera de forma similar al de la oferta económica pero a la inversa, donde tampoco se establece un umbral mínimo por debajo del cual no se pueda bajar el precio, sin perjuicio de los supuestos de ofertas desproporcionadas. Y, ello, por cuanto a la oferta económica no es posible considerarla como una mejora de las previstas en el artículo 145.7 de la LCSP, y al menos en teoría, la oferta económica tiene un límite natural, cual es cero euros, aunque



absolutamente desproporcionado, amén de vulnerar el principio de onerosidad de los contratos, ex artículo 2.1 de la LCSP.

Asimismo, y por las mismas circunstancias, no es posible dar la razón al órgano de contratación cuando trae a colación la citada Resolución 679/2017 de 27 Julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de la que transcribe lo siguiente:

«2. Indeterminación del criterio A.2 PCAP. Dicha cláusula otorga hasta 5 puntos conforme a la siguiente redacción: "Reducción de plazos de instalación de equipos en el domicilio del paciente. Se otorgará la máxima puntuación (5 puntos) a la licitación que oferte un mayor número de días de reducción de los plazos exigidos para la realización del procedimiento y proporcionalmente al resto".

Al respecto de este criterio se formuló una pregunta al órgano de contratación, que fue contestada en el sentido de indicar que la reducción se debería realizar en horas o en días, dependiendo de la terapia; y se adjuntaba al efecto un anexo en el que se glosaban las terapias y un cuadro donde se concretaban en cada terapia a domicilio la reducción de plazos que se ofertaba.

Se imputa al criterio que la reducción se establece en días, a pesar de que alguno de los plazos máximos se fija en horas, alegación que debe desestimarse dado que nada impide referir la reducción de horas del plazo en horas en términos de fracciones o decimales de día, y al revés, transformar los días a horas. Son términos relacionados entre sí (un día tiene 24 horas).

En fin, el criterio es preciso y claro, ya que se otorgará la máxima puntuación a la oferta que ofrezca el mayor número de días de reducción de los plazos exigidos para la realización del procedimiento, puntuándose de forma proporcional al resto de licitadores. En consecuencia, debe confirmarse la legalidad del criterio y desestimarse el motivo.».

En efecto, con independencia de cualquier otra circunstancia y sin perjuicio de un estudio en mayor profundidad del contenido de la citada resolución, lo cierto es que en el supuesto analizado en la misma, existía un límite natural, cual sería ofertar como plazo de instalación de equipos en el domicilio del paciente, una hora o un día dependiendo de la terapia.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas



particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Fuengirola» (Expte. 52/2019-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) y, en consecuencia, anular dicho pliego en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 28 de enero de 2020.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar 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.



