

Recurso 37/2016**Resolución 83/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 21 de abril de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión del servicio público de ayuda a domicilio de la Diputación de Almería para municipios de menos de 20.000 habitantes” (Expte. 2016/D22200/006-102/00001), convocado por la mencionada Diputación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 25 de febrero de 2016, se publicó en el perfil de contratante de la Diputación de Almería el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, con fecha 26 de febrero de 2016, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería número 39.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 93.671.176,92 euros.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

TERCERO. El 16 de marzo de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato de servicio indicado en el encabezamiento de esta Resolución.

CUARTO. Con fecha 17 de marzo de 2016, la Secretaría de este Tribunal solicitó al órgano de contratación el expediente de contratación completo, el informe sobre el recurso y listado comprensivo de los licitadores participantes en el procedimiento junto con los datos precisos a efectos de notificación.

La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 22 de marzo de 2016, siendo completada a requerimiento de este Tribunal mediante la introducción del número de identificación fiscal y la dirección a efectos de notificaciones en el listado de licitadores, el 1 de abril de 2016.

QUINTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 28 de marzo de 2016, se concedió un plazo de cinco días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido para ello.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La primera cuestión a atender es la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso especial en materia de contratación.

El artículo 41.4 del TRLCSP e, establece con relación al órgano competente en el ámbito de las Corporaciones Locales para resolver los recursos especiales en materia de contratación que *“la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito”*.

El Decreto 332/2011, de 2 de noviembre de 2011, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su artículo 10 establecía, conforme a su redacción primitiva, que las entidades locales andaluzas podrán crear órganos propios especializados e independientes para resolver dichos recursos o bien, *atribuir dicha competencia al Tribunal Administrativo, mediante convenio suscrito con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda*. Fue al amparo de esta redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto, que modificó al Decreto 332/2011, cuando se suscribió el convenio con la Diputación Provincial, que se encuentra vigente al día de la fecha.

En efecto, con fecha 21 de noviembre de 2012 fue suscrito convenio entre la Diputación Provincial de Almería y la Consejería de Hacienda y Administración Pública a efectos de atribuir la competencia para resolver los recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad a este Tribunal.



SEGUNDO. Procede ahora abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según el certificado que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- (...)
- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (94/2012, de 15 de octubre, 97/2012, de 19 de octubre, 29/2013, de 19 de marzo, 113/2014, de 8 de mayo y 398/2015 de 17 de noviembre entre otras), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, 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.



En el caso que nos ocupa, la recurrente esgrime -entre otras cuestiones- que los pliegos impugnados vulneran el principio de concurrencia, pues la solvencia exigida resulta restrictiva y se exige una certificación de calidad específica para la prestación del servicio de ayuda a domicilio sin admitir la presentación de otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de calidad. Por tanto, queda suficientemente acreditada la legitimación de aquella para recurrir por mor del perjuicio alegado y que pretende evitar por medio de la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Como se menciona en la Resolución de este Tribunal 398/2015, de 17 de noviembre, anteriormente invocada, *“Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que el recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación del recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho”*.

Por lo anterior, este Tribunal concluye que la recurrente ostenta legitimación suficiente para la interposición del recurso.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto. El mismo se deduce frente al pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato, que es un acto susceptible de recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.2 a) del TRLCSP.



No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato como gestión de servicio público, postura que ha defendido en su informe, mientras que la recurrente solicita su consideración como contrato de servicios.

La adecuada tipificación del contrato como gestión de servicios públicos o servicios es una cuestión que ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal en sus Resoluciones 176/2014 y 182/2014, de 25 de septiembre y 190/2014, de 3 de octubre, donde se recogía, a su vez, el criterio de otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre y 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En concreto, el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sostiene, a propósito de un contrato calificado por el órgano de contratación como gestión del servicio público de hemodiálisis mediante concierto, que dicha calificación exige como condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista. En tal sentido, el Acuerdo alude a abundante jurisprudencia comunitaria, de la que destacamos las siguientes sentencias:

- Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre, (Asunto Wasser) en la que se señala que, ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte



significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.

- Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater) en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios, se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:



1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por este del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por estos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Asimismo, el informe mencionado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que:

- La asunción del riesgo de explotación por el concesionario es el elemento determinante para atribuir a una relación jurídica la condición de concesión de servicios, de modo que la concurrencia de las demás características expuestas sin asunción del riesgo de explotación no permite calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.
- Los contratos de gestión de servicios públicos se vinculan expresamente con las concesiones de servicios. No obstante, el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de un servicio público asumido como de su competencia por una Administración Pública habrá de ser calificado como contrato de servicios, si dicho particular no asume el



riesgo de la explotación y el objeto contractual puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la LCSP.

Así pues, como señala la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la gestión indirecta de un servicio público por un particular puede configurarse como una concesión administrativa si existe riesgo en la gestión o como un contrato de servicios, si el contratista se limita a realizar una serie de actuaciones que sirven a la Administración titular del servicio como instrumento auxiliar en la prestación del mismo.

Tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicio público y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede.

En tal sentido, el Cuadro Resumen de Características del Contrato contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), indica en su apartado *“Precio del contrato y gasto máximo autorizado”* que *“El precio/hora del contrato se fija en 13 euros, 4% de IVA incluido. Por Resolución de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social de 23 de noviembre de 2007, se estableció el coste hora del servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía en 13 euros/hora para la financiación del servicio prestado a las personas que tengan reconocida la situación de dependencia.*

En el precio establecido se entenderán incluidos, a todos los efectos, los demás tributos, tasas y cánones de cualquier índole que sean de aplicación, así como todos los gastos que se originen para el adjudicatario como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contempladas en los pliegos.

El precio máximo autorizado para este contrato asciende a la cantidad total de cuarenta millones quinientos noventa mil ochocientos cuarenta y tres euros con



treinta y cuatro céntimos (40.590.843, 34.-€), 4% IVA incluido, para toda la duración del contrato, desglosado de la siguiente forma (...)

El presupuesto de licitación se ha fijado en función de las horas estimadas, al no poder definir las con exactitud al tiempo de licitar el contrato. Por tanto, se abonarán las horas de atención domiciliaria realmente prestadas, por el precio/hora establecido, hasta el gasto máximo autorizado.

La cantidad de horas abonadas estará en función de las horas realmente prestadas en base a las resoluciones de la Junta de Andalucía reconociendo el derecho a la prestación de ayuda a domicilio y la intensidad correspondiente, así como a las resoluciones municipales de aprobación del servicio de ayuda a domicilio como prestación básica del Plan Concertado de los Servicios Sociales Comunitarios de los Ayuntamientos adheridos al contrato y, en su caso, de las aprobadas por esta Diputación. Por tanto, el gasto máximo autorizado podrá incrementarse, mediante acuerdo del órgano de contratación, si el presupuesto de la Diputación se ve incrementado en atención a estas circunstancias (ver modificaciones convencionales del contrato).

La Diputación Provincial de Almería no garantiza una cantidad mínima de horas de servicio de ayuda a domicilio, siendo el adjudicatario quien asumirá el riesgo económico derivado de un menor número de horas de prestación efectiva del servicio de ayuda a domicilio que pudieran derivarse del volumen estimado.

Asimismo, la cláusula 15.2 del PCAP indica que :

“La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, de acuerdo con lo establecido en el Título V del Libro I del TRLCSP, las características del servicio contratado.



b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 del referido texto legal.

Por su parte, la cláusula 14^a indica que “Son derechos del contratista cuantos puedan derivarse del contrato en cada caso, con arreglo a la vigente legislación sobre contratación de las Administraciones Públicas, y en especial, al abono del precio convenido en la adjudicación, por los servicios efectivamente prestados y recibidos a satisfacción de la Administración, pero no tendrá derecho a indemnización por las averías y perjuicios ocasionados en la ejecución del contrato, salvo que la Administración hubiere incurrido en culpa”.

De lo expuesto en dichas cláusulas se pone de manifiesto que no se produce una efectiva transferencia del riesgo de la explotación al adjudicatario, pues existe una previsión de horas anuales, un precio máximo unitario por hora y un presupuesto estimado total, y aun cuando el número anual estimado de horas pueda fluctuar, la oscilación que pueda haber al alza o baja no se presume desmesurada en un contrato de esta naturaleza.

En definitiva, no existe en este contrato una indeterminación en la demanda del servicio y, por otra parte, la retribución del contratista queda fijada en el pliego en función de la oferta por precio hora que se realice.

Al respecto, debemos hacer mención a la Resolución núm 3/2014, de 9 de abril de 2014, de la Diputación Foral de Álava que, en relación a un contrato calificado de Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio, determina que el mismo debe ser calificado como contrato de servicios, concluyendo que “Conforme a los criterios apuntados y trasladándolos al contrato objeto del presente recurso, no se aprecia que exista ninguna transferencia del riesgo de explotación del servicio al adjudicatario, el cual se limita a la percepción del



precio unitario ofertado por cada hora de prestación del servicio, tal y como establecen los pliegos reguladores de las condiciones del contrato, cuya gestión, por otro lado, está asumida por la propia Administración contratante que es quien determina tanto la necesidad como la frecuencia de la prestación en función de una selección de prestatarios que ella misma realiza, sin que, por otra parte, se exija la realización de ninguna inversión de explotación del servicio, y por ello el contrato debe calificarse de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP: Servicios sociales y de salud.”

Asimismo, en el presente contrato no se transfiere al contratista la potestad plena para organizar la explotación del servicio, tal y como se desprende de los requisitos relativos a la organización del servicio previstos en el apartado 3 del pliego de prescripciones técnicas, en la que se indica claramente que *“Corresponde a la Diputación de Almería la organización, coordinación, seguimiento, supervisión y evaluación global del servicio”*, y se describen indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario para la adecuada prestación del servicio, abundando en la idea de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Finalmente, hemos de hacer mención al artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. El citado artículo 5 lleva por título <<Definiciones>> y en su apartado 1) señala que *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones*



realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”, de este modo, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público estaremos ante una concesión de servicios y si tal riesgo no se transfiere al contratista, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal no puede sino concluir que el contrato aquí examinado debe calificarse como contrato de servicios, siendo el mismo susceptible de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 b) del TRLCSP, al tratarse de un contrato de servicios comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP (servicios sociales y de salud) y alcanzar el valor estimado la cantidad de 93.671.176,92 euros.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el presente supuesto, la publicación del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial de la Provincia se produjo el 26 de febrero de 2016 y en el perfil de contratante de la Diputación el 25 de febrero de 2016, por lo que el plazo para



interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 26 de febrero de 2016, fecha en la quedó completada la publicación obligatoria con puesta a disposición de los pliegos. Por tanto, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 16 de marzo de 2016 en el Registro de este Tribunal, el mismo se presentó dentro del plazo legal establecido. A tal efecto ha de tenerse en cuenta que la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 18 de mayo de 2015, por la que se determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos para el año 2016, señala el 29 de febrero como día inhábil.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La entidad OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A. solicita en el recurso que se declare la nulidad de los dos criterios de solvencia técnica o profesional establecidos en el PCAP, así como de dos de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor.

En primer lugar, indica la recurrente que, de acuerdo con el apartado 3 del Anexo III del PCAP, la solvencia técnica o profesional se justificará acreditando todos y cada uno de los siguientes aspectos:

“1.- Principales servicios efectuados. Deberá acreditarse mediante una relación debidamente firmada, de los principales servicios efectuados durante los cinco últimos años, para la Administración Pública, en el servicio de ayuda a domicilio correspondiente al objeto del contrato, indicando su descripción.

Solvencia mínima exigida: en el año de mayor ejecución deberá haberse prestado el servicio, al menos, para un número mínimo de 40 municipios menores de 1.000 habitantes y además para un número mínimo de 2.000 usuarios/as, o por un número mínimo de 800.000 horas anuales.”



La recurrente considera que la exigencia de haber prestado servicios en un número mínimo de 40 municipios menores de 1.000 habitantes, y además de modo simultáneo en un mismo año de prestación, vulnera el principio de concurrencia. Para avalar su afirmación, invoca las Resoluciones 207/2014, de 14 de marzo y 25/2016, de 15 de enero, ambas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, según las cuales la exigencia como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional de haber celebrado contratos en municipios con una determinada población *“excluye de forma definitiva a quienes no reúnan dicho requisito, convirtiendo, de hecho, esta exigencia en una especie de clasificación, de modo que, quien no la tenga no podrá acceder a los contratos, que quedan reservados para quien cumpla este requisito.”* Y añade que *“si se cumple este requisito es porque en alguna licitación, por primera vez, no se le exigió, lo cual encierra, en cierto modo, una incongruencia, una discriminación.”*

Según la recurrente, este requisito ha sido introducido para favorecer al actual prestador del servicio, pues con él se excluye a la práctica totalidad de operadores del mercado. Afirma de modo particular que la exigencia de este elevado número de municipios de escasa población no responde a ningún criterio razonable desde el punto de vista de los servicios sanitarios y sociales, y que con él se están vulnerando las previsiones del artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido argumenta respecto de la solvencia que es a él a quien corresponde establecer los niveles mínimos para cada caso atendiendo al elenco de medios que ofrece el TRLCSP. Justifica la proporcionalidad de los medios y criterios elegidos en que la magnitud del contrato requiere exigir una solvencia suficiente para que sea prestado con garantías y en forma adecuada, y en tal sentido se solicitó informe justificativo de la solvencia exigida que fue emitido por la Jefa de Servicio Provincial de Servicios Sociales Comunitarios y el Jefe de Sección de Gestión y Coordinación de Prestaciones el 9 de febrero de 2016.



En el mencionado informe técnico se expone que la provincia de Almería está integrada por 97 municipios menores de 20.000 habitantes, de los cuales más del 50% tienen una población inferior a 1.000 habitantes, y a continuación se relatan los motivos por los que se considera existen diferencias entre la ayuda a domicilio en el entorno urbano y rural; entre ellas *“la dispersión de la población y el mayor número de municipios, mayor tasa de envejecimiento de la ciudadanía, poder adquisitivo, mayores dificultades en el medio rural para disponer de bolsas de empleo auxiliares que dispongan de los pertinentes certificados de profesionalidad, y los mayores esfuerzos de coordinación en el medio rural entre las empresas, la administración, los dispositivos sociosanitarios y las personas usuarias”*, para concluir que desde el punto de vista técnico, el conocimiento del medio rural y la experiencia en la prestación del servicio de ayuda a domicilio en este tipo de entornos, representan un aval para garantizar la calidad en la prestación del servicio.

Considera por último el órgano de contratación que son múltiples las empresas del sector que operan en ámbitos similares y por tanto con la experiencia necesaria para acreditar los medios de solvencia exigidos en el PCAP.

Visto lo anterior, se concluye que la primera cuestión planteada en el escrito de recurso es la desproporción en que pudiera haber incurrido el órgano de contratación al establecer los criterios de solvencia técnica o profesional, en concreto, la exigencia de que la licitadora hubiera prestado durante un mismo año servicios similares en al menos 40 municipios de menos de 1.000 habitantes. La recurrente lo considera desproporcionado y limitativo de la libre concurrencia.

Hay que resaltar que la recurrente no cuestiona que los pliegos exijan acreditar la realización de servicios similares al objeto del contrato, sino que combate que dicha experiencia deba estar concentrada en el año de mayor ejecución a servicios prestados en al menos 40 municipios de menos de 1.000 habitantes.



Como indica la recurrente en su escrito, sobre esta misma cuestión ha tenido la ocasión de manifestarse el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en sus Resoluciones 207/2014, de 14 de marzo y 25/2016, de 15 de enero, en concreto, la Resolución 207/2014, señala que: *“la exigencia necesaria como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional de haber celebrado determinado número de contratos con Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, excluye, de forma definitiva a quienes no reúnan dicho requisito, convirtiendo, de hecho, esta exigencia en una especie de clasificación, de modo que, quien no la tenga no podrá acceder a los contratos, que quedan reservados para quien cumpla este requisito. Debiendo señalarse, por otro lado, que si se cumple este requisito es porque, en alguna licitación, por vez primera, no se le exigió, lo cual encierra, en cierto modo, una incongruencia, una discriminación.*

Por ello, esta cláusula, expresada en estos términos estrictos, cierra la competencia y el acceso a la contratación y resulta desproporcionada en relación al fin que persigue. Es decir, reconociendo que la finalidad buscada por la cláusula es ajustar la solvencia del empresario con las necesidades definidas por el órgano de contratación, su concreta formulación produce un efecto de distorsión en la competencia al restringirla mediante el veto, en la práctica, a quien no haya resultado adjudicatario de determinado número de contratos en municipios de más de 20.000 habitantes. En consecuencia, el órgano de contratación debe introducir fórmulas que, a la par que satisfagan la acreditación de la solvencia, permitan abrir la contratación a otros licitadores, sin merma de la exigencia de solvencia técnica o profesional. Tales exigencias podrían ser del tipo, a título de ejemplo, de, con carácter alternativo, exigir determinado número de contratos en municipios de más de 20.000 habitantes o, un número superior de contratos en municipios del segmento inferior (5.000 a 20.000 habitantes, umbral inferior en prestación de servicios de la Ley de Bases de Régimen Local), o que determinado número de profesionales del licitador acrediten haber trabajado en empresas que



hubieran sido adjudicatarias de tales contratos de municipios de población superior a 20.000 habitantes, etc.”

El caso que nos ocupa ahora es similar al analizado en la citada Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y este Tribunal comparte el criterio sostenido en dicha Resolución; el PCAP exige que la experiencia acreditada lo sea en servicios prestados a 40 municipios de menos de 1.000 habitantes, y que se hayan prestado simultáneamente en el periodo de un año, por lo que este Tribunal considera que efectivamente el citado medio es desproporcionado y limitativo de la libre concurrencia; en consecuencia, procede estimar la pretensión de la recurrente a este respecto, procediendo pues la anulación del mencionado medio.

SEXTO. En segundo lugar, la recurrente combate el inciso 2) del apartado 3) del Anexo III del PCAP, que exige como medio obligatorio de acreditación de la solvencia técnica o profesional *“estar en posesión de una Certificación de Calidad específica para la prestación del servicio de ayuda a domicilio”*.

Según la recurrente, de esta redacción se desprende que el órgano de contratación no permite otra forma o modo de acreditar la *“calidad”* de los licitadores, vulnerando así la previsión del artículo 80.2 del TRLCSP que dispone que *“los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios”*.

Esta restricción entiende la recurrente que es contraria al principio de libre competencia, más teniendo en cuenta que la certificación requerida no es una de las certificaciones comunes acreditativas de la estructura organizativa y actividad de la empresa, sino una específicamente vinculada al servicio de ayuda a domicilio.



A lo anterior añade la recurrente que el apartado 7 del Anexo III del PCAP exige también una determinada habilitación empresarial o profesional a las entidades licitadoras, al establecer que *“la entidad prestadora del servicio deberá disponer de la resolución de acreditación vigente para la prestación del servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma Andaluza y estar inscrita en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Orden de 15 de noviembre de 2007 por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía modificada por la Orden de 10 de noviembre de 2010”*.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que disponer de un certificado de calidad específico en el servicio de ayuda a domicilio es una garantía para la Diputación de que la empresa adjudicataria implementará y mantendrá procedimientos específicos en materia de atención a las personas usuarias, de gestión y organización interna, de coordinación y estrictos controles y sistemas de evaluación permanentes.

Visto lo anterior, procede analizar la regulación del TRLCSP con relación a la exigencia como medio de solvencia de los certificados de calidad, para seguidamente comprobar la adecuación de lo establecido en el PCAP con lo dispuesto en la norma.

En este sentido el artículo 80 del TRLCSP establece que *“en los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación”*.



Como se desprende de la regulación del precepto reproducido constituye presupuesto de su aplicación que nos encontremos ante un contrato sujeto a regulación armonizada, sin embargo, el presente expediente de contratación no se encuentra sujeto a regulación armonizada ni atendiendo a la calificación inicial que realiza el órgano de contratación del contrato -gestión de servicios públicos- tipo contractual no sujeto, ni tampoco atendiendo a la recalificación efectuada por este Tribunal -a los meros efectos de entender el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación-, calificado como contrato de servicios incluido dentro de la Categoría 25 -servicios sociales y de salud- y por tanto excluido de los supuestos de sujeción previstos en el artículo 16 del TRLCSP. Por todo lo anterior, no cabe sino concluir que el precepto alegado por la recurrente no resulta de aplicación al presente expediente de contratación.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la recurrente solicita la nulidad del mencionado medio de acreditación de la solvencia resulta procedente, pues, analizar su conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.1 del TRLCSP, que establece una lista de medios entre los que el órgano de contratación podrá elegir uno o varios para que los licitadores acrediten su solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios. Del elenco que en el mismo se incluye y por su proximidad al exigido por el órgano de contratación encontramos en su apartado d) lo siguiente: *“Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de éste, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad”*.

De la regulación contenida en el artículo 78.1.d) del TRLCSP, se extrae que efectivamente en determinados supuestos y aunque el contrato no se encuentre



sujeto a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá exigir como medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional certificados de calidad, al especificar el precepto que el control sobre la solvencia podrá versar sobre las medidas de control de calidad.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que la redacción del precepto se encuentra desarrollada por el RGLCAP en su redacción actual tras la reciente modificación efectuada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos de este y en vigor en la fecha de publicación de la presente licitación. Siendo así, que el artículo 67.7 del RGLCAP concreta en su inciso b) número 3º que cuando se utilice este medio de acreditación de la solvencia en los pliegos *“se describirá de modo preciso en términos funcionales y se cuantificará la capacidad mínima exigida al empresario en términos de unidades o medidas apropiadas a la naturaleza de los servicios contratados. Si también se incluyeran controles sobre los medios de estudio e investigación o sobre las medidas empleadas para controlar la calidad, los pliegos deberán precisar las funcionalidades y cuantificar las capacidades mínimas exigidas a unos y a otras”*.

De todo lo anterior se infiere, a juicio de este Tribunal, que el medio de solvencia establecido en el PCAP e impugnado por la recurrente -la exigencia de la posesión de una certificación de calidad específica para la prestación del servicio de ayuda a domicilio- se aparta, efectivamente, de lo requerido en el precepto indicado, ya que de una mención tan genérica no se puede deducir que queden establecidas las funcionalidades y descritas las capacidades como el precepto reglamentario exige que queden establecidas en los pliegos, por lo que concluimos que hay que estimar la pretensión de la recurrente en tanto este medio de solvencia contraviene lo dispuesto en el artículo 67 del RGLCAP.

SÉPTIMO. Considera además la recurrente que algunos de los criterios de adjudicación previstos en el PCAP confieren al órgano de contratación una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un



licitador, pues dos de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor contenidos en dichos pliegos le otorgan un margen de apreciación que va más allá de una tolerable discrecionalidad. Estos criterios son los siguientes:

- “Proyecto de organización del servicio”, valorado con un máximo de 25 puntos.

Expone la recurrente que entre los aspectos objeto de valoración en este criterio de adjudicación, se encuentra la incorporación de novedades que supongan un avance cualitativo importante en la prestación de servicio y en la satisfacción de los clientes (usuarios y Administración) al que se le concede una puntuación máxima de 5 puntos. En opinión de la recurrente la expresión *“novedades que supongan un avance cualitativo importante”* supone un concepto indeterminado, el cual además se solapa con las mejoras contempladas como criterios de adjudicación en los pliegos.

- “Mejoras” valoradas hasta un máximo de 15 puntos.

Considera la recurrente en primer lugar, que estas mejoras evaluables mediante juicio de valor se pueden solapar con alguno de los criterios de adjudicación valorables de forma automática.

Asimismo, alega que la previsión de su valoración *“según su importancia y valor económico”* supone otorgar al órgano de contratación una libertad casi incondicional.

Finalmente, La entidad recurrente afirma que estos criterios de valoración no se han delimitado de manera clara, precisa e inequívoca en cuanto a su valoración y ponderación, por lo que vulneran el principio de igualdad, además, considerando su elevado peso específico -20 puntos- otorgan al órgano de contratación un margen de discrecionalidad que no es proporcionado.



Por ello solicita que se anulen ambos criterios, y se convoque una nueva licitación con las adaptaciones solicitadas para que la totalidad de los elementos del procedimiento de contratación sean conformes a Derecho.

Por otro lado, el órgano de contratación en cuanto a los criterios de adjudicación impugnados, indica que los mismos están relacionados con el servicio a prestar, habiéndosele atribuido una ponderación específica. Asimismo alega que su justificación ha sido el objeto de un informe previo a la aprobación de los pliegos en el que se especifican los objetivos que se persiguen con los mismos.

Visto lo alegado por cada parte, procede la transcripción de los criterios de adjudicación impugnados por la recurrente, para proceder al análisis de su conformidad a Derecho.

En este sentido, el Anexo I del PCAP establece los criterios de adjudicación que servirán para evaluar las ofertas presentadas. Se otorga hasta un máximo de 55 puntos con base a criterios evaluables de forma automática y 45 conforme a criterios de juicio de valor.

Con respecto a los últimos -según la nomenclatura dada por el órgano de contratación, criterios que no puedan valorarse de forma automática- y en cuanto al objeto de la impugnación de la recurrente, los pliegos establecen:

“1. Proyecto de organización del Servicio: hasta un máximo de 25 puntos.

Para la valoración del proyecto de organización se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- Viabilidad e idoneidad de la organización planteada para la prestación del servicio, conforme a las necesidades del Servicio de Ayuda a Domicilio de la Diputación de Almería: hasta un máximo de 10 puntos.

- Sistematización de los procesos de trabajo: definición de los procedimientos y de las actuaciones: hasta un máximo de 10 puntos.

- Incorporación de novedades que supongan un avance cualitativo importante en la prestación del servicio y en la satisfacción de los clientes (usuarios y



Administración): hasta un máximo de 5 puntos.

Serán rechazadas aquellas empresas que no obtengan una puntuación mínima de 15 puntos.

2. Mejoras: hasta un máximo de 15 puntos.

Deberán estar directamente relacionadas con el servicio, cuantificadas económicamente, estableciendo el calendario de implantación de las mismas. Se valorarán proporcionalmente según su importancia y valor económico.

Las mejoras no supondrán coste adicional para la Diputación, y consistirán en actuaciones y/o dotaciones de recursos materiales y/o humanos que contribuyan a mejorar las condiciones técnicas recogidas en el Pliego y redunden en una mayor calidad del servicio personas usuarias, familiares y/o cuidadores tales como:

- Actividades de ocio.*
- Atención telefónica gratuita.*
- Apoyo técnico especializado.*
- Instalación de nuevos dispositivos en el domicilio de las personas usuarias.*
- Talleres formativos dirigidos a familiares y cuidadores.*
- Jornadas de convivencia.*
- Material divulgativo”.*

Con respecto al primero de los criterios de adjudicación que impugna la recurrente, en concreto el subcriterio *-Incorporación de novedades que supongan un avance cualitativo importante en la prestación del servicio y en la satisfacción de los clientes (usuarios y Administración): hasta un máximo de 5 puntos.-*, y sobre la determinación del objeto de valoración en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, este Tribunal ha venido manifestando, entre las más recientes, en su Resolución 48/2016, de 25 de febrero, aludiendo a la doctrina asentada entre otras en sus Resoluciones 139/2014, de 23 de junio y 403/2015, de 25 de noviembre, que *“es doctrina consolidada por este Órgano que los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con*



claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración.”

Sobre la base de lo expuesto hemos de analizar si, en el supuesto examinado, el nivel de concreción y de ponderación de los criterios puede reputarse suficiente como para permitir a los licitadores formular sus ofertas con el grado de conocimiento necesario.

Como hemos mencionado, el objeto de discusión recae sobre el contenido del Anexo I del PCAP; en concreto sobre uno de los subcriterios de adjudicación en que se divide el criterio “Proyecto de organización del servicio” y en el que las ofertas podrán obtener hasta un total de 5 puntos de los 25 atribuidos al criterio. En concreto se valora la incorporación de novedades que supongan un avance cualitativo importante en la prestación del servicio y en la satisfacción al cliente.

Además de lo anterior el PCAP describe en su Anexo V la documentación relativa a los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor. Su lectura tampoco resulta esclarecedora, ya que con respecto a la documentación que el licitador habrá de aportar para que su oferta sea valorada en este criterio



de adjudicación *-proyecto de organización del servicio-* se especifica sobre su contenido que: “*en la que se describa la organización planteada para la prestación del servicio, la sistematización de los procesos de trabajo y la incorporación de novedades que supongan un avance cualitativo importante en la prestación del servicio y en la satisfacción de los clientes (usuarios y administración)*”, redacción análoga a la contenida en el Anexo I del PCAP al describir los criterios de adjudicación.

Sin duda, hay que dar la razón a la recurrente cuando afirma que de la formulación establecida en el PCAP del mencionado subcriterio, no se pueden extraer las pautas que aplicará el órgano de contratación para la valoración de las ofertas, ya que el concepto “*novedades que supongan un avance cualitativo importante*” es genérico y vago pues no precisa qué se ha de entender por “*avance cualitativo*” ni se desarrolla la trascendencia de los mencionados avances más allá de que habrán de ser *importantes*, ni aclara cuáles serán los parámetros o niveles de calidad a considerar y que permitan una comparación objetiva de las ofertas presentadas. Todo ello redundaría en una falta de conocimiento suficiente por parte de los licitadores a la hora de preparar sus ofertas sobre aquellos extremos concretos que serán valorados y otorga un excesivo margen de discrecionalidad al órgano evaluador que podrá centrar su valoración en aquellas características que considere más relevantes a la vista de las ofertas presentadas y utilizar para ello parámetros que no estaban definidos en el pliego.

Por tanto, procede estimar este alegato de la recurrente, al considerar este Tribunal que el mencionado subcriterio no se encuentra suficientemente descrito en el PCAP.

Asimismo, no procede pronunciamiento alguno sobre el alegato relativo a que este subcriterio puede solaparse con las mejoras, puesto que una vez delimitado suficientemente los aspectos que serán objeto de valoración en el mismo, quedarán suficientemente deslindados de aquellas cuestiones que se valoren en



el resto de criterios de adjudicación.

OCTAVO. Con respecto al otro criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, denominado “*mejoras*” y valorado hasta un máximo de 15 puntos, la recurrente combate que las mismas se pueden solapar con algunos de los aspectos valorados en los criterios de adjudicación de aplicación automática. Además, considera que su valoración “*proporcionalmente según su importancia y valor económico*”, supone en la práctica una libertad casi incondicional al órgano de contratación, más teniendo en cuenta la amplitud del alcance de los aspectos incluidos en el criterio, y que no se establece de manera clara en el PCAP un parámetro en orden a su admisión o rechazo.

Visto el objeto de la controversia, procede pues traer a colación la doctrina mantenida por este Tribunal con relación a la regulación en los pliegos de las mejoras; así y como se señala en la Resolución de este Tribunal 32/2016 , de 11 de febrero, invocando a su vez la 130/2015, de 7 de abril: “*Del contenido del citado artículo 150 se deduce que los criterios de valoración de las ofertas deben estar necesariamente vinculados al objeto del contrato y estar suficientemente determinados en los pliegos de contratación, indicándose la ponderación que se otorga a cada uno de ellos.*”

Por su parte, en relación con las mejoras como criterio de adjudicación, el TRLCSP establece en su artículo 147 «Admisibilidad de variantes o mejoras» lo siguiente:

«1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.»



2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

(...).»

Como se desprende del mencionado artículo 147, en el caso de las mejoras como criterio de adjudicación, además de lo previsto en el artículo 150 del TRLCSP deberán figurar en los pliegos y en los anuncios debiendo precisarse sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

En cuanto a la jurisprudencia y a la doctrina de los Tribunales, en relación con los criterios de adjudicación, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 Sentencia del TJUE y la de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero, considera que: «es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.

Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárselos, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y



características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato».

Y como bien se ha indicado en la Resolución 43/2011, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 28 de julio de 2011, los requisitos para que se puedan admitir las mejoras son:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.*
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.*
- c) Que deberán mencionarse en el pliego y en los anuncios.*
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.*

Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cual es la económicamente más ventajosa.

(...)

Y además recogió el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución dictada el 20 de julio de 2011, por la que se resolvía el recurso 155/2011 (resolución 189/2011) y, más recientemente, en la de 21 de marzo de 2012, por la que se resuelve el recurso 44/2012 (resolución 69/2012), en la que ha señalado:

«Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y precisos para valorarlas.

Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran



detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente».

Y de esta forma se concluye en el citado Acuerdo 20/2014 que incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho y «no de otra forma debe ser calificada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio.

En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos «que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley. Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta »”.

Teniendo en cuenta, pues, la doctrina seguida por este Tribunal con relación a las mejoras, procede analizar el supuesto concreto. La recurrente combate la configuración establecida en los pliegos de los aspectos de las ofertas que serán susceptibles de ser valorados en el criterio *mejoras*, y que serán en concreto “*su importancia y valor económico*”. En este sentido y como ocurre en el caso anterior, la valoración proporcional en función de la “*importancia*” de una



mejora es un concepto sumamente general e indeterminado que deja al albur del criterio del órgano de contratación, con un grado de discrecionalidad absoluto y sin límite, la valoración de las mejoras presentadas, sin que se pueda conocer de forma previa -como exige la doctrina examinada- los criterios precisos de valoración que vayan a ser aplicados.

Por otro lado, también se determina en el pliego como aspecto objeto de valoración en este criterio de adjudicación el “*valor económico*” de la mejora ofertada, siendo así que este aspecto también adolece de indeterminación, puesto que no se establece la forma en que el valor económico será calculado y si será el mismo licitador el que determinará el valor económico de sus mejoras, lo que podría provocar -a modo de ejemplo- divergencias entre la valoración económica de una misma mejora presentada por diversos licitadores, y por tanto, que distintas ofertas que contengan una misma mejora puedan obtener una puntuación diferente en función de la valoración económica que le haya conferido cada licitador.

Finalmente, en el mencionado criterio de adjudicación se establece una lista de posibles mejoras, que se configura como un *numerus apertus* en el que el licitador podrá presentar toda suerte de mejoras que considere oportunas siempre que redunden en una mayor calidad del servicio y de las personas usuarias. A juicio de este Tribunal, esta inconcreción del mencionado criterio también incumple la exigencia de que las mejoras deben estar suficientemente identificadas, requisito que como hemos examinado no se da en los pliegos objeto de análisis, al no quedar éstas suficientemente acotadas.

Por todo lo anterior, debe admitirse este motivo de recurso, y declarar que también procede la anulación del criterio de adjudicación.

En consecuencia, procede la estimación íntegra del recurso y por consiguiente la anulación de los medios de solvencia técnica o profesional, así como del subcriterio de adjudicación “*incorporación de novedades que supongan un*



avance cualitativo importante en la prestación del servicio y en la satisfacción de los clientes” y del criterio de adjudicación “mejoras” ambos entre aquellos evaluables mediante juicio de valor y establecidos en el PCAP, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la elaboración de este a fin de que en el nuevo pliego que se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho quinto, sexto, séptimo y octavo de esta resolución, debiendo 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 entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato denominado “Gestión del servicio público de ayuda a domicilio de la Diputación de Almería, para municipios de menos de 20.000 habitantes.” (Expte. 2016/D22200/006-102/00001), convocado por la mencionada Diputación y, en consecuencia, anular el acto impugnado con retroacción de las actuaciones al momento previo a la elaboración del pliego de cláusulas administrativas particulares, a fin de que en el nuevo pliego que se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho quinto, sexto, séptimo y octavo de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en



el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

