

Recurso 566/2021
Resolución 125/2022

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

Sevilla, 18 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)** contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio (S.A.D.) en el t. m. de Roquetas de Mar (Almería)”, convocado por el citado Ayuntamiento (Expte. expte. 41/21.- Serv. 2021/14330), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de noviembre de 2021 fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación. El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 14.158.701,06 euros. El 29 de noviembre de 2021 se publican los pliegos, y el 16 de diciembre de 2021 se publican éstos rectificados, ya que durante la tramitación del expediente se detecta la omisión en el pliego de cláusulas administrativas particulares del apartado denominado modificación del contrato prevista en la cláusula 9 del documento memoria justificativa.

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

SEGUNDO. El 14 de diciembre de 2021 tuvo entrada, en el Registro Electrónico General de la Administración General del Estado dirigido al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra los pliegos de la contratación referenciada. El 22 de diciembre tuvo entrada en el Tribunal el citado recurso, solicitando la federación recurrente la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

El 14 de enero de 2022, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Habiéndose conferido por la Secretaría del Tribunal trámite de alegaciones al recurso al único licitador interesado en el procedimiento, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no consta que las haya formulado en el plazo legal concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María no ha manifestado que disponga de órgano propio -o a través de la Diputación Provincial respectiva- para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la federación 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.*

(...) 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».*

El artículo 4 de los Estatutos de la recurrente establece que es finalidad de ésta, *“como entidad de ámbito Estatal para la integración, representación y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y de la actividad empresarial definida en el Artículo 3 de los Estatutos Sociales tendrá, entre otros, los siguientes fines:*

- 1. La representación colectiva, participación y defensa más amplia de sus socios de la actividad que desarrollan y de sus derechos y prestigio ante los Poderes Públicos y cualesquiera otras Entidades, públicas o privadas, estatales o internacionales.*
- 2. La participación institucional en los Organismos Públicos de las Administraciones. Laborales y resto de Poderes Públicos y Entidades, tanto públicas como privadas, así como en el diálogo social con las Organizaciones Sindicales y demás Entidades, en la elaboración de la normativa que tenga una incidencia directa o indirecta sobre la actividad mencionada, formando parte, en su caso y de modo ajustado a las leyes, de cuantos Organismos o Entidades les afecten y especial y particularmente, la intervención en la celebración de pactos, y Convenios Colectivos, planteamiento de conflictos colectivos de trabajo y todo lo relacionado con la Negociación Colectiva en la materia descrita para el ámbito de su actuación.*
- 3. Promover el sector de atención a domicilio y las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicio en él. A tal efecto, velará por el estricto cumplimiento de la normativa en vigor (y en especial, la de la Seguridad Social*



y Prevención de Riesgos Laborales), tanto por parte de sus Socios como por parte de otras Empresas, adoptando asimismo cuantas medidas considere precisas para perseguir la competencia desleal y el intrusismo.

...

12. La representación de sus asociados ante los Juzgados y Tribunales de toda índole y jurisdicción y en aquellos organismos o comités, públicos o privados, nacionales o internacionales, cuando así se decida por los asociados”.

En el supuesto analizado, la entidad recurrente impugna el anuncio y los pliegos por entender que incumplen determinados preceptos de la LCSP; entre otros, los relativos a determinados criterios de adjudicación. Es posible, pues, apreciar una conexión específica entre el acto recurrido y los intereses que representa y defiende la federación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso especial se interpone contra los pliegos que rigen un contrato calificado en los mismos como de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

Los apartados a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP disponen que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

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 26 de noviembre de 2021 fue publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Roquetas de Mar alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación. Según consta en el anuncio de licitación, el día 23 de noviembre de 2021 se procedió a publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea. El 29 de noviembre se publica el pliego, y el 16 de diciembre de 2021 se publica éste rectificado. El recurso presentado se interpuso el 15 de diciembre de 2021.

En el supuesto examinado, el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante el 26 de noviembre de 2021, por lo que el recurso especial presentado en el Registro Electrónico General de la Administración General del Estado el 14 de diciembre de 2021 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

A. Punto 3 del cuadro anexo: criterios de rentabilidad social.



Impugna este criterio de adjudicación, entendiendo que resulta un criterio cuantificable mediante fórmulas sujetos a evaluación posterior, (criterios de valoración de las ofertas) del cuadro anexo de características. Señala que no existe una definición porque no se determinan qué actuaciones habrán de ser consideradas al objeto de una “*mejora continua del servicio*” que “*podrán ser consensuados con la administración para su ejecución*”. Es decir, no ya sólo no se indican las mejoras que como criterio serán objeto de consideración y valoración, sino que se permite su “consenso” con la administración contratante.

Además, estima que se trata de un criterio “mejoras” que consiste en “*destinar con carácter anual, durante toda la duración del contrato, un porcentaje del importe de sus beneficios (...) a la mejora continua del servicio, detallando la proyección de las acciones cuyo beneficio social revierta en las personas atendidas y a sus cuidadores o familiares según sea el caso*”.

Señala que estaríamos ante una muestra de indefinición del criterio, y que el mismo ni tan siquiera estaría vinculado al objeto del contrato. En todo caso, puede dar lugar, dada la falta de determinación y limitación del criterio (mejoras), a la presentación de ofertas de imposible cumplimiento. Estima la existencia de una ausencia constatable de umbrales máximos de saciedad fijados, lo que puede derivar en proposiciones imposibles de cumplir, irrealizables y absurdas que desvirtúen el criterio y que afectarán a la atribución de puntuaciones. Señala que no se respeta al artículo 145 de la LCSP, por cuanto este indica que los criterios de adjudicación además de ser formulados con pleno respeto a los principios básicos de contratación deben de garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia objetiva. Señala que el contenido del artículo 145.7 LCSP, exige que las mejoras estén suficientemente especificadas, y para ello deberán concretarse sus requisitos, límites, modalidades y características, además de precisar su vinculación con el objeto del contrato; lo que en el presente supuesto no se da a entendimiento de la recurrente.

B. Falta de vinculación con el objeto del contrato del criterio de adjudicación que supone contar con un modelo de prevención de “delitos penales” en la empresa y código de conducta específico en el sector sociosanitario.

Alega que el criterio recogido en el apartado 2, relativo a los criterios de calidad, cuantificables mediante fórmulas sujetos a evaluación posterior, de la disposición N (criterios de valoración de las ofertas) del cuadro anexo de características del PCAP, consistente en disponer de un certificado de una entidad externa, especialista en este ámbito, que avale la implantación, desarrollo y evaluación de un modelo de prevención de delitos penales, carece de vinculación con el objeto del contrato. Señala que la falta de vinculación supone incumplir uno de los requisitos para la valoración de proposiciones establecidos en el artículo 145 LCSP.

Estima que la valoración de un “*modelo de prevención de delitos penales en la empresa y código de conducta específico en el sector sociosanitario*”, no supone ninguna mejora en la calidad de la prestación del servicio licitado o para las personas usuarias o trabajadoras asignadas a este servicio, ni aporta ningún valor añadido a la ejecución del contrato, ni supone compromiso de que la prestación del servicio será más efectiva.

Apela al artículo 145.2 LCSP, cuando se recoge que los criterios de calidad sociales estarán vinculados al objeto del contrato y se referirán, entre otras, a ciertas finalidades como es la “*mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos*”. Asimismo, que cuando se determinen criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo.



Así mismo, en los apartados 5 y 6 del mismo artículo se establece que:

“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

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

Invoca el art. 67 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública relativos a los criterios de adjudicación del contrato el cual establece que:

“1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad.

Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.



3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

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

E igualmente, invoca el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE a efectos de que se proceda a tratar a los operadores económicos en condiciones de igualdad y sin discriminaciones, estableciéndose que la contratación no será concebida con la intención de restringir artificialmente la competencia, considerándose que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se ha concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos. Se expresa que no se ajusta a los principios rectores de la contratación pública, de concurrencia y de libertad de acceso a las licitaciones públicas, de no discriminación e igualdad de trato, recogidos en los arts. 1 y 132 de la LCSP; estimando que el simple hecho de la indeterminación y de la falta de vinculación con el objeto del contrato, comporta un trato discriminatorio de ciertos operadores económicos en detrimento de otros. En definitiva, que se atenta contra el doble requisito de estar vinculado directamente con el objeto del contrato y no producir distorsión en la libre concurrencia y en la igualdad de los licitadores.

Además, entiende que la ponderación (5 puntos) no sería moderada.

Afirma que ni en los pliegos, ni en el documento de aprobación del expediente, ni en la memoria justificativa del contrato, existe justificación del criterio de adjudicación denunciado, requerida conforme al artículo 116.4 c) de la LCSP. Y ello, porque tal y como hemos tenido ocasión de advertir, si el criterio denunciado no tiene vinculación con el objeto del contrato difícilmente puede mejorar el servicio a prestarse.

Alega que debería estimarse el recurso y, en consecuencia, anularse y dejarse sin efecto el criterio de adjudicación denunciado y relativo a contar con un modelo de prevención de delitos penales en la empresa y código de conducta específico en el sector sociosanitario y, en consecuencia, la propia licitación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A. Respecto del criterio de rentabilidad social, informa respecto del recurso interpuesto que el art. 109.2 de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía establece que se dará prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, a las entidades sin ánimo de lucro. Para ello, se aplicarán criterios y se cita entre otros “destinar parte de los resultados económicos de la actividad a la mejora continua de los servicios y centros objeto del contrato”. Por lo tanto, lo que se pretende con este criterio de adjudicación es aplicar un criterio de rentabilidad social y no un criterio de rentabilidad económica ya que no se están comparando cantidades o importes concretos, si no que el porcentaje de beneficio reflejará una filosofía empresarial que priorice la gestión de dichos beneficios para mejora continua de los servicios sociales, por lo que se justifica claramente su vinculación con el objeto del contrato y su adecuación acorde con la normativa europea respecto de los contratos de servicios a las personas así como las competencias en servicios sociales reguladas por la Comunidad Autónoma Andaluza.

Por otro lado, el presupuesto que se ha calculado para el presente contrato, se expresa en el informe al recurso que se ha elaborado teniendo en cuenta todos los costes necesarios así como la previsión de un 5,5% de beneficio



industrial para este contrato. En el modelo de oferta económica todos los licitadores, deberán de rellenar el cuadro que se adjunta, donde deberán indicar de forma detallada el conjunto de costes, tanto directos como indirectos, presupuesto de ejecución material así como el beneficio industrial que obtendrá fruto de la oferta que realice cada uno de los candidatos interesados en participar, siendo éste dato un indicativo objetivo del marco de referencia en el que todas las empresas van a realizar sus ofertas.

B. En cuanto al aspecto recurrido relativo a los criterios de calidad, cuantificables mediante fórmulas sujetas a evaluación posterior, disposición N del Cuadro Anexo de Características del PCAP: *“a través del punto D (contar con un modelo de Prevención de Delitos Penales en la Empresa y Código de Conducta específico en el Sector Sociosanitario), del Apartado 2 (Criterios de Calidad) de los criterios cuantificables mediante fórmulas sujetas a evaluación posterior de la Disposición (Criterios de Valoración de las ofertas) del cuadro Anexo de Características de PMCAP, se dispone:*

d) contar con un Modelo de Prevención de Delitos Penales en la Empresa y Código de conducta específico del Sector Sociosanitario: hasta un máximo de 5 puntos. Para la obtención de los puntos de este apartado deberá acreditarse mediante la correspondiente certificación de una entidad externa, especialista en este ámbito que avale la implantación, desarrollo y evaluación del modelo”.

Señala que sí está vinculado con el objeto del contrato pues éste dice literalmente que *“es la contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) de titularidad pública en el término municipal de Roquetas de mar, como una prestación garantizada por la Ley 9/2016 de Servicios Sociales de Andalucía de carácter complementario y transitorio realizada en el domicilio del usuario, que proporciona mediante personal cualificado y supervisado una serie de acciones preventivas, formativas, asistenciales y rehabilitadoras a personas o unidades de convivencia que hayan accedido al Servicio tanto procedentes del SAD derivado del Plan Concertado, como del derivado de la Ley de Prevención de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia. La prestación de Ayuda a Domicilio tiene como finalidad promover, mantener o restablecer la autonomía personal de la persona o unidad de convivencia, con el fin de facilitar la permanencia en el medio habitual de vida evitando situaciones de desarraigo o desintegración social. Dicho servicio debe cumplir todas las exigencias previstas en el pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas”.*

Indica que es una prestación realizada preferentemente en el domicilio, *“que proporciona mediante personal cualificado y supervisado, un conjunto de actuaciones preventivas, formativas, rehabilitadoras y de atención a las personas y unidades de convivencia, con dificultades para permanecer o desenvolverse en su medio habitual. Al ser los receptores de los servicios personas que carecen o tienen limitado su autonomía, temporal o permanentemente, para mantenerse en su medio habitual de vida (Orden de 15 de noviembre de 2007, art. 2 y 3).y al ser un servicio prestado en el domicilio de las personas, y global, considerando todos los aspectos y circunstancias que inciden en las personas o unidades de convivencia (Orden de 15 de noviembre 2007, art. 6).Es decir, “un espacio que afecta a la intimidad y a la seguridad de la persona atendida, tanto para las necesidades de protección pública a la persona física como a sus bienes personales, incluido el propio domicilio, dado que en la gran mayoría son personas que tienen mermadas sus capacidades, y por tanto son personas vulnerables que precisan garantías de atención, de observación de sus derechos y de evitar que se cometan infracciones que afectan a su bienestar personal, buen trato y calidad de vida, tanto a nivel social, familiar, económico o patrimonial, considerando que, si la entidad licitante cuenta con un Código Ético y de Conducta, un Código de Prevención de Delitos Penales, que rijan el servicio y que impida o garantice la dificultad de que el personal auxiliar, técnico, administrativo, etc. de la entidad, pueda cometer actos delictivos contra las personas en su propio domicilio, va a incidir directamente en un servicio de confianza y seguridad para las personas atendidas desde el SAD, y por tanto sinónimo de calidad en la atención, no sólo para las personas usuarias, sino también para sus familiares”.*



De este modo considera que *“incluir este criterio como criterio objetivo de calidad efectivamente redundaría en una mejora de la prestación y calidad del servicio, en tanto impulsa la cultura de cumplimiento conforme a los valores éticos de las organizaciones, mejorando y protegiendo el valor de las mismas, actuando bajo un código de conducta que recoge las normas y principios generales y de conducta profesional y por tanto de buen trato a las personas usuarias”*.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Las consideraciones de fondo sobre los dos motivos del recurso se analizan a continuación:

1. Por un lado, respecto al criterio de adjudicación como criterios cuantificables mediante fórmulas sujetos a evaluación posterior, consistente en el criterio de rentabilidad social, el cual es evaluable hasta 10 puntos, y en concreto, en 5 puntos si el *“licitador que se comprometa a destinar con carácter anual, durante toda la duración del contrato, un porcentaje del importe de sus beneficios obtenido por el contrato (IVA incluido) a la mejora continua del servicio, detallando la proyección de las acciones cuyo beneficio social revierta en las personas atendidas y a sus cuidadores o familiares según sea el caso, y que podrán ser consensuados con la administración para su ejecución. A la oferta que presente un mayor porcentaje, se le otorgará la puntuación máxima, puntuándose proporcionalmente el resto de ofertas mediante una regla de tres. Para la obtención de los puntos de este criterio, será imprescindible, no sólo indicar en la oferta el porcentaje ofertado, sino que, además, deberá acompañarse de una declaración jurada con indicación de las acciones propuestas por el candidato”*.

En primer lugar, debemos comenzar con el criterio en sí, sobre la admisibilidad del mismo. Para ello, se ha de partir de la posibilidad de ejecutar el contrato renunciando al beneficio industrial reconocido y previsto en los cálculos del precio de licitación. Así puede inferirse de la doctrina de los órganos de resolución del recurso especial en materia contractual, y en concreto recientemente de este Tribunal, entre otras resoluciones, la 134/2021, de 8 de abril. Es necesario abordar esta cuestión dada la forma en la que está redactado el criterio de adjudicación, el cual no parece fijar límites a la renuncia al beneficio industrial y ello tiene relación con la ausencia de umbrales máximos de saciedad dado que ello pudiera dar lugar a proposiciones imposibles de cumplir como sugiere la entidad recurrente.

Al respecto, cumple señalar que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución nº 853/2019, de fecha 18 de julio, dictada en el recurso 614/2019, señala que la Ley atribuye a los órganos de contratación la potestad para modular y fijar los criterios de adjudicación que, respetando la ley, más se ajusten a sus prioridades en cada contratación. Así, señala que *“corresponde al órgano de contratación configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, pero en relación a los fines que se persiguen con el contrato y los aspectos que considere como principales a valorar. Los criterios se relacionan y vinculan unos con otros y se delimitan por el órgano de contratación, que puede fijar la forma en que operan y se aplican”*. Es decir, se reconoce que si bien existen causas válidas para establecer este tipo de umbrales con el objetivo de obtener obras/suministros/servicios de gran calidad y evitar que ofertas mediocres que realizan excesivas reducciones de precio primen por encima de otras de más calidad que no pueden cumplirse a precios tan bajos. En este sentido, se señala que diversas causas, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada, o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas, luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos. Termina señalando que *“la libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de*



los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas“. De este forma cabe igualmente destacar que la Directiva 2014/24/UE, que traspone la LCSP, establece expresamente la posibilidad de establecer este tipo de umbrales cuando señala que *“la propia Directiva admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto admite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su artículo 67.2, que: “El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad”*”.

Por todo ello, el TACRC concluye que *“no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a las ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite”*.

Distinto es que exista obligación de establecer estos umbrales de saciedad. Pero por el contrario, al no establecerse límites y fijarse el criterio sobre la renuncia al beneficio industrial, en porcentajes, pudiendo llegar hasta el 100%, se podría discutir si el criterio es válido porque podría dar lugar a una renuncia total al mismo, dada la forma de valoración ofertada por regla de tres sobre la mejor oferta (es decir la mayor renuncia). De este modo podría considerarse la validez de una hipotética oferta que renunciare a todo el beneficio industrial, a efectos de poder conseguir todos los puntos por ese criterio. Esto nos lleva a la idea contenida en el aforismo de *«nunquam prandium liberum»*, traducido en que todo tiene un coste. Al hilo de lo anteriormente señalado, no es cierto atribuir el concepto de gratis a una prestación ya sea privada ya fuere pública salvo los negocios jurídicos que, efectivamente, responden a esa naturaleza, porque ello afecta al carácter oneroso de un contrato público. Este Tribunal se ha pronunciado al respecto a fin de admitir, que los licitadores de este modo pueden competir en calidad y no sólo en precio renunciando al beneficio industrial. (Resolución 159/2020 de 1 de junio de 2020, rec. 410/2019).

La Sentencia de TJUE de 10 de septiembre de 2020 (asunto C-367/19), aborda si un contrato puede calificarse de *«contrato oneroso»*, en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, cuando el poder adjudicador no se obliga a proporcionar ninguna contrapartida a la otra parte contratante, y si, este precepto puede servir por sí mismo de fundamento legal para justificar el rechazo de una oferta cuyo importe se ha fijado en cero euros. El Tribunal, en dicha sentencia rechaza la primera posibilidad, en base a dos tipos de razones: el carácter sinalagmático de los contratos públicos y que ese carácter sinalagmático se traduce necesariamente en la creación de obligaciones jurídicamente vinculantes para cada una de las partes, cuyo cumplimiento debe poder reclamarse judicialmente. En relación a la segunda cuestión, si el precepto puede servir de fundamento, en sí mismo, para la exclusión del licitador no alcanza similar conclusión porque siempre cabe considerar a este tipo de ofertas como una oferta anormalmente baja y, por ello, quedar sujeta al procedimiento contradictorio establecido para este tipo de ofertas.

Por ello, en cuanto a la posibilidad de configurar este tipo de criterio de adjudicación no cabría objetar su imposibilidad jurídica.

Distinto es otra de las cuestiones que suscita el criterio de adjudicación impugnado, objetivo valorable mediante fórmulas. En este sentido, y admitiendo la posibilidad de que los principios básicos de contratación deben de garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia objetiva, se expresa que el contenido del artículo 145.7 LCSP, exige que las mejoras estén suficientemente especificadas, y para ello deberán



concretarse sus requisitos, límites, modalidades y características, además de precisar su vinculación con el objeto del contrato. No puede olvidarse el contenido del artículo 116.4 de la LCSP que recoge la necesidad de que en el expediente se habrá de justificar adecuadamente “c)”(...) “los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo”.

Observamos que los criterios de adjudicación definidos en la memoria tienen el mismo nivel de detalle en la memoria justificativa que el cuadro anexo al PCAP señalando el mismo tenor literal:

“Hasta 5 puntos al licitador que se comprometa a destinar con carácter anual, durante toda la duración del contrato, un porcentaje del importe de sus beneficios obtenido por el contrato (IVA incluido) a la mejora continua del servicio, detallando la proyección de las acciones cuyo beneficio social revierta en las personas atendidas y a sus cuidadores o familiares según sea el caso, y que podrán ser consensuados con la administración para su ejecución. A la oferta que presente un mayor porcentaje, se le otorgará la puntuación máxima, puntuándose proporcionalmente el resto de ofertas mediante una regla de tres. Para la obtención de los puntos de este criterio, será imprescindible, no sólo indicar en la oferta el porcentaje ofertado, sino que, además, deberá acompañarse de una declaración jurada con indicación de las acciones propuestas por el candidato”.

De este modo, partiendo del artículo 145 de la LCSP resulta que sólo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de poder medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato del servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas. Con arreglo a la Directiva 2014/24 , sólo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Es decir, para que un criterio de adjudicación sea admisible como tal, deben ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, artículo 67, que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público, que son:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.
- d) Deben publicarse previamente.

De esos cuatro requisitos interesa aquí examinar someramente los requisitos a) y b) en el supuesto objeto de recurso.

En primer lugar, pudiera atisbarse que la exigencia de la “*declaración jurada con indicación de las acciones propuestas por el candidato*” a la que iría aplicada esa renuncia al beneficio industrial pudiera tener relación con el objeto del contrato. Así, el criterio señalado habla de que debe destinarse a la mejora continua del servicio, “*detallando la proyección de las acciones cuyo beneficio social revierta en las personas atendidas y a sus cuidadores o familiares*”.



No obstante, no se cumpliría el apartado b) pues en la definición del criterio de adjudicación se deja en la más absoluta indefinición cuando señala *“según sea el caso, y que podrán ser consensuados con la administración para su ejecución”*.

Es decir, al no estar definidos se desconoce la vinculación final concreta con el objeto del contrato, siendo subjetiva la apreciación de contar o no como criterio de adjudicación, una determinada mejora de un licitador y no la de otro. De este modo, esa apreciación subjetiva, sujeta además a consenso, no permite la automaticidad de la aplicación de la fórmula, por lo que cabe concluir que el criterio no puede sostenerse como criterio sujeto a fórmula, por desconocerse la finalidad concreta de la aplicación de esa renuncia del beneficio industrial, así como por desconocerse finalmente si la propuesta en la declaración jurada sería admitida sin más, dado que se deja a la voluntad de la Administración su reconocimiento a efectos de otorgar la puntuación, dado que se señala que deberá ser consensuado.

Sobre el requisito de la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, la Directiva 2014/24, lo recoge en el Considerando 98. La Resolución del TACRC 467/2014 añade que: *“... el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación.”*. En este sentido nuestra Resolución posterior 157/2018, de 1 de junio.

Por todo ello, el motivo del recurso debe estimarse dada la falta de acreditación de la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, así como por la falta de especificidad del criterio, el cual deja indeterminada su valoración a expensas al menos de una futura valoración, impredecible, de si el destino ofertado de ese porcentaje del beneficio industrial al que se renuncia sería considerada, algo impropio de un criterio de adjudicación valorable mediante fórmula, pues faltaría la nota de la automaticidad en cuanto a los puntos otorgados.

2. Respecto del criterio recogido en el apartado 2, relativo a los criterios de calidad, cuantificables mediante fórmulas sujetos a evaluación posterior, de la disposición N (criterios de valoración de las ofertas) del cuadro anexo de características del PCAP -consistente en disponer de un certificado de una entidad externa, especialista en este ámbito, que avale la implantación, desarrollo y evaluación de un modelo de prevención de delitos penales-, que la recurrente argumenta que carece de vinculación con el objeto del contrato, cumple mencionar que al igual que citábamos anteriormente se ha de garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia objetiva, es decir, en el sentido del artículo 145.7 LCSP, el cual exige que las mejoras estén suficientemente especificadas, y para ello deberán concretarse sus requisitos, límites, modalidades y características, además de precisar su vinculación con el objeto del contrato. Asimismo el contenido del artículo 116.4 de la LCSP que recoge la necesidad de que en el expediente se habrá de justificar adecuadamente *“c)”(...)* *“los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo”*.

Veíamos que los requisitos de estos criterios eran que, deben estar vinculados al objeto del contrato; deben ser específicos y cuantificables objetivamente; deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento; y que deben publicarse previamente.

Observamos que, en el caso concreto, en atención al motivo del recurso, este criterio como está recogido, adolece, al igual que el examinado anteriormente, de la misma falta de justificación añadida en la memoria, es



decir, tienen el mismo nivel de detalle en la memoria justificativa que en el cuadro anexo al PCAP señalando el mismo tenor literal lo cual hace que la memoria no aporte nada añadido en cuanto a la justificación que debe figurar en el expediente, en el sentido del art. 116.4 LCSP.

No obstante, lo anterior, este criterio puede por sí mismo, por su sustantividad, ponerse fácilmente en relación con el objeto del contrato, dada las específicas circunstancias de los servicios requeridos para cubrir la necesidad administrativa. Coincidimos en la motivación que realiza el informe al recurso, no siendo necesaria mayor justificación para estimar que cumple los requisitos mínimos de determinación y vinculación con el objeto del contrato y ello se desprende, no de la explicación o justificación realizada por el órgano de contratación en la memoria o en el PCAP, sino que deriva de la ostensibilidad del criterio, es decir, del mismo fácilmente se deduce su conexión, sin que la argumentación del informe al recurso sea esencial, pues se desprende del propio criterio su vinculación.

No es además un criterio de solvencia del que pudiere desprenderse una restricción excesiva para acceder al contrato, sino que se trata de un criterio de adjudicación más, entre varios, que contribuye a aportar una mayor calidad en el servicio. La mayor calidad obviamente se deriva de la confianza que generará aquella oferta que aporte este certificado respecto de aquella que no lo haga, pues beneficia a quien efectivamente recibe la ayuda, el destinatario del servicio que se pretende contratar, lo que obviamente supone que se tenga una menor reticencia a ceder un ámbito privativo de la persona en cuestión que reciba la ayuda, como es la intimidad, dado que da mayor percepción de seguridad a la persona atendida conocer ese dato. No puede olvidarse que el marco en el que se presta el servicio es el ámbito privativo de la persona física que recibe la ayuda, siendo el lugar donde se desarrolla su intimidad y donde se encuentran sus bienes personales, bienes ambos en la intimidad que se encuentran indefensas ante la intromisión de un agente externo al mismo. Compartimos además de que a ello hay que sumarle que se trata en muchos casos de personas que tienen una capacidad de defensa menor, y por tanto más vulnerables, precisando de garantías adicionales de seguridad.

Por ello se considera que el criterio sí tiene vinculación con el objeto del contrato, y se atisba fácilmente en qué consisten, es decir es específico, no siendo discriminatorio, pues está en la posibilidad de los operadores económicos conseguir ese certificado.

Por tanto, el motivo no ha de prosperar, procediendo la desestimación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio (S.A.D.) en el t. m. de Roquetas de Mar (Almería)”, convocado por el citado Ayuntamiento (Expte. expte. 41/21.- Serv. 2021/14330), y en consecuencia, anular el criterio de adjudicación señalado en el fundamento de derecho sexto apartado 1 por los motivos expuestos.

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 14 de enero de 2022.



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.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

