Recurso 539/2021
Resolución 218/2022

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

Sevilla, 1 de abril de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DECISIO CONSULTING, S.L.P.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado "Servicios de asistencia letrada, asesoramiento jurídico y defensa en juicios", promovido por el Ayuntamiento de Serón (Almería) (Expte. 2021/408340/006-302/00003), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de noviembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto simplificado, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil.

El valor estimado del contrato asciende a 125.000 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 25 de noviembre de 2021, la entidad DECISIO CONSULTING, S.L.P. (DECISIO, en adelante) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la contratación referenciada.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que posteriormente fue recibida en este Tribunal a excepción del informe al recurso que, pese a su reiteración posterior, no se ha recibido al día de la fecha.

La entidad recurrente solicitó la suspensión del procedimiento en su escrito de recurso, comunicándole la Secretaría del Tribunal, en escrito de 9 de diciembre de 2021, que ya se había adoptado la medida cautelar con ocasión de la interposición de otro recurso especial contra los mismos pliegos.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han efectuado en el plazo concedido al efecto.

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 Serón (Almería) 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 documentación para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, pese a no haber participado en la licitación.

La recurrente justifica su legitimación en el propio escrito de impugnación alegando que determinadas cláusulas de los pliegos vulneran los principios básicos de la contratación pública e impiden participar en la licitación en condiciones de igualdad. Queda, pues, justificado el interés legítimo que ostenta para impugnar los pliegos.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 4 de noviembre de 2021, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 25 de noviembre en el registro de este Tribunal se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre la inclusión de una cláusula de arraigo territorial en la acreditación de la solvencia técnica.

La recurrente solicita la anulación de los pliegos y funda su pretensión en varios motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, DECISIO impugna la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en lo relativo a uno de los requisitos de solvencia técnica exigidos. El tenor del citado requisito es *«Acreditar, mediante declaración jurada, que ante necesidad de este Ayuntamiento, se podrá personar en el mismo, o en el juzgado correspondiente, con una demora de no más de una (sic) hora desde la solicitud, teniendo en cuenta el carácter de este servicio»*. La recurrente aduce que, siendo preguntado el órgano de contratación al respecto, el mismo contestó que la unidad de medida es una hora.

Frente al contenido de la citada cláusula, DECISIO esgrime lo siguiente:

1. Del estudio de localidades que puedan estar a tiempo de llegada de una hora o inferior a Serón y Almería (sede de una gran parte de los juzgados a los que se puede tener que acudir en la prestación del servicio) solo estaría Vera, *«Lo que nos lleva a la conclusión de que, de modo indirecto, se está exigiendo como criterio de solvencia técnica disponer de un despacho en el municipio de Vera (...)».*

2. El criterio de solvencia impugnado presenta los caracteres determinantes de una cláusula de arraigo territorial que no está justificado por razones imperiosas de interés general, ni es adecuado para garantizar la realización del objetivo que persigue y va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Alega que el servicio podría prestarse por una organización con su sede a distancia considerable del lugar de su realización, y ello por las siguientes razones:

-El PCAP (cláusula primera) obliga a la presencia en el propio Ayuntamiento de al menos un día a la semana (6 horas) para poder mantener reuniones de coordinación con la Secretaría del Ayuntamiento; por lo que el servicio puede organizarse para preverse el traslado y estar presente a la hora de apertura de las oficinas municipales.
-El titular de la Secretaría es quien en realidad tiene atribuida la función de asesoramiento legal preceptivo, sin que en un número considerable de materias pueda ser sustituido su informe por el de servicios jurídicos externos.
-El Ayuntamiento de Serón es un municipio con población de poco más de 2.000 habitantes y con un presupuesto de 5,7 millones de euros, por lo que cualquier asunto extraordinario y urgente que no pueda tratarse telemáticamente o el día de presencia obligatoria puede organizarse con un intervalo de tiempo que permita un desplazamiento sin tanta premura.
-Los Juzgados programan las diligencias judiciales presenciales con varios días de antelación y al menos mediarían 24 horas.
-No estamos ante un servicio de mantenimiento de equipos o instalaciones en el que sí estaría justificada la presencia con tan poco tiempo de margen.

El órgano de contratación no ha remitido informe al recurso, por lo que no se dispone de argumentos de oposición al motivo expuesto.

Pues bien, este Tribunal ha de analizar si el requisito de solvencia técnica previsto en la cláusula impugnada establece de modo injustificado un criterio de arraigo en un determinado territorio, contrario al principio de igualdad de trato.

Como punto de partida, hemos de señalar que los distintos tribunales de recursos contractuales, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, así como la jurisprudencia nacional y europea se han pronunciado acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la

obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas tales previsiones.

En concreto, este Tribunal se ha venido pronunciando sobre las cláusulas de arraigo territorial de los pliegos en numerosas resoluciones (v.g. Resoluciones 115/2013 y 116/2013, de 3 de octubre, 356/2015, de 22 de octubre, 84/2017, de 2 de mayo, 217/2017, de 26 de octubre, 256/2017, de 24 de noviembre, 124/2018, de 14 de mayo y 53/2019, de 27 de febrero, 174/2021, de 6 de mayo y 333/2021, de 16 de septiembre). Y en concreto, en nuestra Resolución 53/2019, de 27 de febrero, reproducida parcialmente en otras posteriores, hemos señalado lo siguiente:

«En tal sentido, resultan ilustrativas las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, (asuntos C-158/03 y C-234/03) que trataron un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En estas sentencias, el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulneraba los principios del Tratado. Así, en el asunto C-234/03 el TJUE dispuso que "De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional."

Resulta evidente, por tanto, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificadas por razones de interés general».

Se constata, pues, que la cuestión no es nueva y viene teniendo repercusión en la jurisprudencia europea desde hace años, como también en la nacional. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2001, (Roj: STS 82/2001) señaló, respecto a determinados criterios de un pliego aprobado por la entonces Consejería de Obras Públicas y Transporte de la Junta de Andalucía que otorgaban más puntos a los servicios prestados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que *«hay que subrayar que es principio fundamental del sistema jurídico y de la Constitución el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que aspira a que la actuación de la Administración opere con racionalidad y en defensa de los intereses generales, en desarrollo del artículo 103.1 de la Constitución, lo que también determina que (...) aparezca suficientemente adecuado al ordenamiento jurídico y explicitando las razones que determinan la selección con criterios debidamente justificados, lo que no sucede en la cuestión examinada, al primar indebidamente los criterios de proximidad territorial o de residencia en la Comunidad Autónoma Andaluza, que han sido debidamente corregidos por la sentencia recurrida, cuyos criterios procede confirmar»*.

En definitiva, pues, los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificados por razones imperiosas de interés general.

En el supuesto analizado, el criterio de solvencia técnica impugnado exige, en caso de necesidad del Ayuntamiento, la personación en la citada corporación local o en el juzgado correspondiente en un plazo máximo de una hora, lo que se acreditará mediante una declaración jurada del licitador. Resulta obvio, pues, que para cumplir con el requisito de solvencia, el licitador debe tener su sede profesional en un ámbito territorial que equidiste como máximo una hora del municipio de Serón y de Almería capital (sede de gran parte de los juzgados a los que se puede tener que acudir en ejecución del servicio).

Tal exigencia no aparece justificada en el PCAP ni en el resto de la documentación del expediente que ha examinado este Tribunal, sin que, por otro lado, se haya emitido informe al recurso por parte de la Administración contratante lo que ha impedido conocer, ni siquiera en esta fase de recurso, qué razón ha podido llevar al órgano de contratación a establecer un requisito tan restrictivo cuando, habida cuenta de la naturaleza del servicio a prestar -asesoramiento jurídico y defensa en juicio del Ayuntamiento-, cualquier urgencia en el asesoramiento puede ser atendida por vías no necesariamente presenciales como las telefónicas y/o telemáticas, y toda diligencia en los juzgados puede preverse con mayor antelación, puesto que cualquier citación judicial se notifica con plazo superior a una hora para su realización.

Es más, la propia memoria justificativa del contrato obrante en el expediente señala, respecto al asesoramiento, que *«se prestará por vía e-mail, por teléfono e incluirá cuantas reuniones sean necesarias (…). En caso de especial complejidad, las respuestas vía email deberán ser atendidas en las 24 ó 48 horas siguientes»,* lo que pone de relieve el carácter innecesario de ese plazo tan perentorio de una hora para actuaciones presenciales.

Se concluye, pues, que el requisito de solvencia técnica impugnado obliga, sin ninguna justificación en el expediente de contratación, a que el despacho profesional tenga su sede en un determinado ámbito territorial que permita cumplir con la exigencia temporal máxima de una hora para personación en el Ayuntamiento y/o en los juzgados correspondientes. Tal previsión es contraria al principio de igualdad de trato y resulta discriminatoria para los licitadores que no se encuentren ubicados en dicho marco geográfico, sin que añada ningún beneficio apreciable en la prestación del servicio.

Es por ello que el motivo debe estimarse, procediendo la anulación del citado requisito de solvencia técnica de la cláusula 10 del PCAP.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la imposibilidad de presentar una memoria de actuación con el límite de cinco folios a una cara.

La recurrente impugna la previsión establecida en la cláusula 13 del PCAP de limitar a *"5 folios a una cara"* la extensión de la memoria de actuación como criterio sujeto a juicio de valor. Aduce que es imposible físicamente que la memoria no exceda de cinco folios cuando los ítems a valorar en la misma exceden de una página en el PCAP, e incide en que tal limitación no permite la realización de una memoria acorde con su "know-how" en perjuicio del Ayuntamiento que se vería privado de la posibilidad de contratar un servicio de calidad en relación con el precio, lo que determina un incumplimiento palmario del principio de relación calidad-precio contemplado en el artículo 131.2 de la LCSP.

Pues bien, la cláusula 13 del PCAP, bajo la denominación *«Criterios de adjudicación y de evaluación de las ofertas»*, dispone, en lo relativo a los criterios sujetos a juicio de valor que son los que resultan afectados con la limitación del número de folios de la oferta, lo siguiente:

«Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta más ventajosa, se atenderá a los siguientes:

Subjetivos, max 48 puntos. (Límite de 5 folios a una cara)

Memoria de actuación…….. Hasta 30 puntos
1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL SERVICIO: hasta 5 puntos.
• Definición y descripción del servicio: estrategias de entrada a la realización de la prestación y salida de la misma y principios de organización y atención al Ayuntamiento, con explicación y definición de las actuaciones que llevará a cabo el contratista para la ejecución del servicio, con criterios de eficiencia, eficacia y economía.
2. FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO: hasta 15 puntos. (Pudiendo desglosarse en uno o varios de los siguientes subapartados):
- Descripción de las actividades que desarrollarán a lo largo del contrato con los objetivos planteados. Se indicarán los perfiles de los profesionales que intervienen, el responsable de la actividad: hasta 7 puntos.
- Recursos materiales: adecuación al objeto de la prestación, del material y equipamiento aportado para la ejecución del servicio, indicando su descripción y destino: hasta 1 puntos.
- Organigrama en el que se detalle la estructura de recursos humanos en relación a la prestación que se va a ejecutar, indicando el personal que intervendrá, categorías profesionales, funciones a desarrollar, responsabilidad, horarios, etc.
A tener en cuenta como criterio social, la propuesta relacionada con las condiciones de trabajo del personal adscrito, como apuesta para la mejor ejecución de los trabajos a realizar para con este Ayuntamiento.
El equipo profesional propuesto debe contar con la titulación profesional requerida en el pliego de prescripciones técnicas: hasta 3 puntos.
- Actuaciones de coordinación interna y externa indicando profesionales, periodicidad y funciones. Protocolos de derivación y seguimiento de casos: hasta 4
puntos.

Mejoras subjetivas …….. Hasta 18 puntos
1. Servicios asesoramiento jurídico, complementarios a aquéllos que,conforme a lo dispuesto en este pliego y en el PPTP, formen parte del objeto del contrato que habrá de formalizarse de conformidad con los mismos: hasta 10 puntos.
2. Utilización de medios técnicos, adicionales a los previstos en este pliego y en el PPTP, con la finalidad de proporcionar a la Administración contratante la debida información sobre el estado y alcance de la prestación de defensa procesal, así como de facilitar la transmisión y consulta de la documentación que forme parte de cada expediente judicial: Hasta 8 puntos».

Se observa, pues, que la redacción de los aspectos a incluir en la *«memoria de actuación»* ocupa ya casi una página del pliego, lo que hace presuponer la insuficiencia del número máximo de cinco folios para el desarrollo completo y adecuado de esos aspectos de la misma. Es más, la limitación máxima de los cinco folios abarca también a las dos mejoras subjetivas que se han transcrito, pudiendo resultar difícil una respuesta adecuada a cada uno de las ítems establecidos que exigen descripciones y explicaciones de las actuaciones a acometer, de los recursos personales y sus funciones, de los protocolos de derivación y seguimiento de casos, de los servicios complementarios y de los medios técnicos adicionales propuestos.

A ello se une que el órgano de contratación tampoco aporta ningún argumento que avale la suficiencia de esos cinco folios para la preparación de una oferta adecuada al objeto del contrato, por cuanto no ha emitido informe al recurso y ha privado al Tribunal del conocimiento de una razón válida que permita contrarrestar el argumento de la entidad recurrente.

Sobre esta base, aun cuando tal previsión del PCAP no supone una infracción directa de norma contractual alguna, sí puede estimarse contraria al mandato previsto en el artículo 132.1 de la LCSP *«Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad»;* y ello porque se introduce una limitación injustificada en la formulación de las ofertas que no aporta ninguna ventaja objetiva para el órgano de contratación en cuanto a la consecución de una mejor oferta. Además, tal restricción puede redundar en perjuicio de aquellos licitadores en disposición de realizar una proposición más completa y, en definitiva, del interés público que demanda la selección de la mejor oferta, para lo cual se ha de poder conocer en toda su amplitud lo que un licitador esté en condiciones de ofrecer respecto a aquellos aspectos objeto de valoración. En definitiva, tal restricción del PCAP puede generar desigualdad entre potenciales licitadores beneficiando a unos en perjuicio de otros, sin ninguna justificación aparente.

Con base en lo expuesto, el motivo debe estimarse y la limitación analizada debe suprimirse en unos eventuales pliegos futuros que se aprueben, como consecuencia de la anulación de los aquí examinados.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la mejora referida a horas adicionales presenciales en el Ayuntamiento.

La recurrente impugna la mejora establecida como criterio de evaluación automática en la cláusula 13 del PCAP, cuyo tenor es el siguiente:

«(…) Mejoras referidas al número de horas presenciales en el Ayuntamiento de Serón de la persona asignada.
Por cada hora de más, 4 puntos, hasta un máximo de 3 horas..…... 20 puntos (...)» .

DECISIO aduce que, además de la obligación impuesta en el PCAP de asistir presencialmente un día a la semana durante 6 horas a la sede municipal, se valora como mejora la oferta de un número adicional de horas. A su juicio, esta previsión comporta un grave riesgo para el Ayuntamiento, por cuanto el Tribunal Supremo continúa aplicando la figura del *«trabajador indefinido no fijo»* a los supuestos de relacionales laborales encubiertas bajo contratos administrativos y cita la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 de julio de 2011, donde se reitera que lo denominados *"falsos autónomos"* tienen derecho a que su vínculo jurídico con la Administración Pública se transforme en una relación laboral por tiempo indefinido cuando, en definitiva, el autónomo sea tratado bajo los parámetros de laboralidad.

Señala que *«si, pese a la suscripción de un contrato administrativo como autónomo, el trabajador desarrolla su trabajo en las dependencias de la Administración Pública de que se trate, recibe órdenes de sus superiores como cualquier otro trabajador y, en definitiva, se inserta en la organización propia de dicha Administración, el contrato se declara fraudulento y, en conclusión, dicho trabajador adquiere la consideración de personal laboral por tiempo indefinido de la Administración contratante*».

Y concluye que *«El PCAP está amparando y promoviendo esta posibilidad perniciosa, al exigir una presencia semanal fija durante seis horas y atribuir puntuación al incremento de las mismas sin justificación alguna.*

Con ello se desvirtúa la naturaleza de un contrato de defensa y asesoramiento jurídico para un Ayuntamiento del tamaño de Serón por ser totalmente innecesaria esa presencia, salvo que lo que verdaderamente se pretenda sea suplir la deficiencia de personal Técnico de Administración General, lo que manifiestamente supone un fraude de ley toda vez que el objeto del contrato no puede alcanzar de ninguna de las maneras el suplir las funciones de un TAG de la Administración Local (...)».

Por último, añade que el criterio de adjudicación es de imposible valoración al atribuir un máximo de 20 puntos a un máximo de 3 horas adicionales valoradas con 4 puntos cada una.

No existe oposición del órgano de contratación al motivo expuesto al no haberse emitido el informe al recurso.

La controversia suscitada gira, pues, en torno a dos cláusulas del PCAP, cuya redacción conjunta, a juicio de la recurrente, promueve y ampara una posible relación laboral encubierta; en concreto, las claúsulas 1.3 *«Será de obligado cumplimiento, por parte de la empresa, la presencia en el propio Ayuntamiento, de al menos un día semanal (6 horas), para poder mantener reuniones de coordinación con la Secretaría de este Ayuntamiento, teniendo que estar disponible cuando este Ayuntamiento lo requiera»* y 13, respecto al criterio de adjudicación de evaluación automática que otorga puntos por horas adicionales presenciales a las que devienen obligatorias conforme al PCAP.

Pues bien, la doctrina de la jurisdicción social a la que alude la recurrente es constante y reiterada. Así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2008 (Roj:STS 2292/2008), señaló lo siguiente respecto de varios contratos administrativos suscritos con las partes demandantes:

> *«En el caso contemplado por la sentencia recurrida aparece claramente acreditado que los cuatro demandantes, aunque con la finalidad de dar clases de su especialidad durante una temporada, fueron contratados bajo la formalidad administrativa cuando la realidad es que lo que de ellos se pedía no era un resultado sino el desarrollo de su actividad como profesores de su respectiva asignatura, aunque fuera por un tiempo determinado, y ello constituye el objeto propio de una contratación laboral y no de una contratación administrativa de conformidad con la definición de contrato de trabajo que se contiene en el art. 1.1 del ET(…).*
>
> *En el caso concreto, resulta que la demandante ha estado desarrollando una verdadera prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, consistentes en la actividad constante y habitual de ésta y, además, en el ámbito físico de sus propias dependencias, cumpliendo un horario rígido, con un descanso anual consistente en un mes de vacaciones aprobadas junto con las del resto de trabajadores (funcionarios o laborales), y percibiendo una retribución periódica mensual, aunque, lógicamente, salvaguardando en los recibos las formalidades del contrato inicial y sin que en el desarrollo o a la finalización de los distintos contratos se haya hecho una evaluación de objetivos cumplidos o del trabajo realizado en relación con la obra o servicio objeto de los mismos.*
>
> *Atendiendo a las circunstancias del caso y al modo en que se ha desarrollado la relación entre las partes; y partiendo de la doctrina expuesta, ha de concluirse que, nos encontramos ante una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral, y por lo tanto ante una relación laboral para el conocimiento de cuyas vicisitudes es competente el Orden Jurisdiccional Social de conformidad con lo previsto en los arts. 1 y 2 de la LPL».*

Hemos de partir, pues, de que es competencia de la jurisdicción social determinar cuándo pudiera eventualmente existir relación de laboralidad en el vínculo formalmente administrativo existente entre la Administración y un empresario -bien se trate de una persona física, bien de una persona jurídica que pone a disposición del contrato sus medios personales-. En el supuesto examinado, no ha surgido aún ninguna relación jurídica y se trataría solamente de analizar la legalidad de los pliegos conforme a la doctrina social expuesta para concluir si, en las obligaciones que asume el contratista en la prestación del servicio, confluyen o no las notas de dependencia, ajenidad y retribución determinantes de la laboralidad en la naturaleza de la relación.

Tal cuestión pudiera exceder del ámbito de conocimiento atribuido a este Tribunal, pues supondría examinar la legalidad de un acto susceptible de recurso especial como es el pliego bajo los parámetros de la doctrina jurisprudencial del orden social y fuera del marco de la legislación contractual pública. En cualquier caso, y sin tener que llegar a un pronunciamiento sobre tal particular, sí podemos afirmar que el solo hecho de las horas presenciales requeridas en el PCAP -que constituyen el único objeto de la impugnación analizada en este fundamento de derecho- resulta insuficiente para catalogar una eventual relación laboral futura.

Ningún otro análisis realiza la recurrente del contenido de los pliegos para llegar a aquella conclusión, no correspondiendo a este Tribunal, en virtud del principio dispositivo, realizar un examen de oficio de las obligaciones que asume el contratista conforme a los pliegos para, en su caso, alcanzar una u otra conclusión.

Así pues, con base en las consideraciones expuestas, el motivo debe desestimarse por cuanto no cabe cuestionar la naturaleza jurídica de la relación contractual con el exclusivo dato de las horas presenciales previstas en los pliegos, lo que no supone prejuzgar la legalidad de las cláusulas analizadas que solo han sido combatidas desde la perspectiva analizada y con los argumentos expuestos.

En cualquier caso, a propósito de la cuestión suscitada en el recurso, conviene recordar que el Tribunal de Cuentas elevó a las Cortes Generales una Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de pronunciamientos judiciales, que motivó la aprobación de la Resolución de 27 de octubre de 2010 (BOE de 18 de enero de 2011), por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. En dicha Resolución se instaba a las Administraciones Públicas a instrumentar los mecanismos necesarios para atajar aquellas prácticas y fruto de ello, en el sector público estatal, fueron las instrucciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores. Entre los principios de actuación plasmados en dichas instrucciones figuraba el de determinación con precisión en los pliegos de las prestaciones a realizar, que deberán encontrarse perfectamente deslindadas de la actividad desarrollada por la entidad contratante a través de su propio personal.

Por último, aunque el presente alegato ha sido desestimado por las razones antes expresadas, sí asiste la razón a la recurrente cuando alega que el criterio de adjudicación impugnado *«(…)Mejoras referidas al número de horas presenciales en el Ayuntamiento de Serón de la persona asignada. Por cada hora de más, 4 puntos, hasta un máximo de 3 horas..…... 20 puntos (...)»* está mal formulado por cuanto con el límite máximo de 3 horas ofertadas a 4 puntos cada una, nunca se alcanzaría la puntuación global de 20 puntos. En consecuencia, en eventuales pliegos futuros que se aprueben deberá, en su caso, tenerse en cuenta el error de cálculo cometido.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre otras mejoras definidas como criterios de adjudicación.

DECISIO impugna, de un lado, el criterio sujeto a juicio de valor de la cláusula 13 del PCAP, denominado *«Mejoras subjetivas»* y ponderado con un máximo de 18 puntos, cuyo tenor es el siguiente: *«1. Servicios asesoramiento jurídico, complementarios a aquéllos que, conforme a lo dispuesto en este pliego y en el PPTP, formen parte del objeto del contrato que habrá de formalizarse de conformidad con los mismos: hasta 10 puntos.*
2. Utilización de medios técnicos, adicionales a los previstos en este pliego y en el PPTP, con la finalidad de proporcionar a la Administración contratante la debida información sobre el estado y alcance de la prestación de defensa procesal, así como de facilitar la transmisión y consulta de la documentación que forme parte de cada expediente judicial: Hasta 8 puntos», y de otro, el criterio de evaluación automática establecido en la misma cláusula del PCAP bajo la denominación *«Otras mejoras cuantificables económicamente hasta 5.000,00 €uros distinta de la oferta económica»,* ponderado con 10 puntos.

Alega la recurrente que, salvo la mejora relativa a la utilización de medios técnicos adicionales, el resto de mejoras vulnera lo dispuesto en el artículo 142 de la LCSP.

Pues bien, el artículo 142 de la LCSP, bajo el título *«Admisibilidad de variantes»*, dispone que *«1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que las variantes se prevean en los pliegos. Se considerará que se cumple este requisito cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.*
2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.
Las precisiones de las variantes que se puedan admitir podrán hacer referencia a determinadas funcionalidades que puedan tener los bienes, obras o servicios objeto del contrato, o a la satisfacción adecuada de determinadas necesidades.
3. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios».

El precepto se refiere a las variantes y sus límites, lo que nada tiene que ver con los criterios impugnados que no se refieren a la posibilidad de variantes. Quizás la recurrente ha querido referirse al artículo 145.7 del mismo texto legal, relativo a los requisitos y límites de las mejoras como criterio de adjudicación.

No corresponde a este Tribunal adivinar la infracción denunciada por la recurrente al impugnar las dos mejoras antes descritas, pero un dato cierto es que estas no pueden suponer infracción del artículo 142 de la LCSP al no constituir variantes. Ello obliga a la desestimación del motivo, sin perjuicio de que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben, deba el órgano de contratación tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP sobre la precisión, requisitos y límites de los criterios de adjudicación, incluidos las mejoras.

Procede, pues, la estimación parcial del recurso con anulación de aquellas cláusulas del PCAP donde los alegatos de la recurrente han sido acogidos por este Tribunal. Ello conlleva, asimismo, la anulación de los propios pliegos impugnados y del resto de documentos contractuales relacionados con su aprobación, debiendo convocarse una nueva licitación, en su caso.

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 entidad **DECISIO CONSULTING, S.L.P.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado "Servicios de asistencia letrada, asesoramiento jurídico y defensa en juicios", promovido por el Ayuntamiento de Serón (Almería) (Expte. 2021/408340/006-302/00003); y en consecuencia, anular los citados actos así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. 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.