Recurso 141/2022
Resolución 270/2022

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

Sevilla, 13 de mayo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMERGÈNCIES SETMIL, S.L.** (en adelante, la recurrente) contra el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de salvamento, socorrismo, primeros auxilios, asistencia sanitaria, transporte sanitario y atención a personas con discapacidad en las playas de Benalmádena y salvamento y socorrismo acuático en la piscina municipal del polideportivo «Ramón Rico» en Benalmádena Pueblo" Expediente n.º 2020/00040456S, promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de marzo de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación urgente, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 4.477.652,28 euros. Asimismo, dicho anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 15 de marzo de 2022 y los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 14 de marzo de 2022.

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

SEGUNDO. El 1 de abril de 2022 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen la contratación referenciada, interpuesto por la entidad indicada en el encabezamiento. En su escrito de recurso, la entidad recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

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 20 de abril de 2022 este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación en el recurso 124/2021 interpuesto por la Asociación Española de Empresarios Deportivos a las Administraciones Públicas frente a los mismos pliegos objeto de la presente impugnación y que ha sido resuelto mediante Resolución 269/2022 de la misma fecha que la presente.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido que venció el pasado 5 de mayo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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 Benalmádena (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente no ha participado en la licitación, por lo que *prima facie* debemos analizar si ostenta legitimación para la interposición del recurso conforme al artículo 48 de la LCSP.

El órgano de contratación en su informe al recurso no cuestiona la legitimación activa de la recurrente, afirmando que ostenta dicho presupuesto procesal.

Este Tribunal ha tratado la cuestión relativa a la legitimación para la interposición del recurso especial en supuestos similares al presente en numerosas ocasiones (v.g. Resoluciones 71/2021, de 4 de marzo y 575/2021, de 23 de diciembre) en las que se señalaba lo siguiente:

> «*Sobre la legitimación para la interposición del recurso especial existe una amplia y consolidada doctrina en este Tribunal basada, a su vez, en la del Tribunal Supremo sobre la exigencia de un interés legítimo. Así, en numerosas resoluciones (entre otras muchas, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 226/2019, de 9 de julio, 17/2020, de 28 de enero y 172/2020, de 1 de junio) hemos analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señala, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, 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 su aplicación a supuestos concretos de impugnación de los pliegos de licitaciones públicas, la doctrina del interés legítimo ha sido analizada especialmente por este Tribunal. Así, en nuestra Resolución 314/2020, de 17 de septiembre, indicábamos:*
>
> *"Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio, resultando evidente que la evitación del perjuicio o la obtención del beneficio no puede perseguir otra finalidad, en el caso del recurso especial, que la de permitir la participación en la licitación en condiciones de igualdad con el resto de*

licitadores -en el caso de recurso contra los pliegos- o la de eliminar el obstáculo que impida continuar en el proceso selectivo y/o alcanzar la adjudicación del contrato; sin perder de vista que en cualquiera de dichos casos el interés que legitima para acudir a esta vía especial de impugnación es, en última instancia, el interés en conseguir la adjudicación del contrato".

En muchos casos, este Tribunal, pese a la falta de acreditación del interés legítimo que asiste a las recurrentes en la interposición de recursos especiales contra los pliegos, se ha detenido en el análisis de los motivos de fondo esgrimidos en dichos recursos para reconocer o denegarles legitimación; y ello, sobre la base de que dichos alegatos pusieran de manifiesto de un modo claro e inequívoco que las cláusulas impugnadas impedían o dificultaban a las recurrentes el acceso a la licitación en condiciones de igualdad con el resto de potenciales licitadoras.

En el supuesto aquí analizado, nos encontramos con que la recurrente, a lo largo del recurso, basa alguno de los motivos de impugnación en clausulas discriminatorias que le impiden participar en la licitación, o -utilizando sus propias palabras- algunos de los requisitos exigidos por los pliegos suponen una evidente barrera de entrada al mercado, por lo que consideramos, en aplicación del *principio pro actione* que la recurrente -si bien no de manera explícita y quizás no respecto de todos y cada uno de los motivos, como iremos analizando- justifica su legitimación 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, acreditado el interés legítimo que ostenta para impugnar el anuncio de licitación y los pliegos.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el PCAP fue puesto a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 14 de marzo de 2022, por lo que el recurso presentado el 1 de abril de 2022 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1, letras a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

En el recurso se exponen los siguientes motivos, que, por claridad expositiva, pasamos a indicar a continuación:

1.1.- Nulidad de la tramitación por la declaración de urgencia del procedimiento.
La recurrente cuestiona la declaración de urgencia en la tramitación del procedimiento que obedece, a su juicio, únicamente a la falta de previsión de la Administración y que trae como consecuencia indeseable la reducción del plazo de presentación de proposiciones en un contrato sujeto a regulación armonizada, cuando la propia

normativa limita a supuestos excepcionales la reducción de aquellos plazos en los contratos armonizados.

1.2.- Nulidad de la solvencia técnica o profesional exigida en el pliego.

Como segundo motivo, la recurrente esgrime que la solvencia técnica exigida en el pliego origina una barrera de entrada al contrato a través de la exigencia de una experiencia reforzada que supera el mínimo previsto en la ley sin justificación alguna para ello. Por otro lado, invoca la nulidad de pleno derecho de la exigencia de estar en posesión de determinados certificados de calidad, como criterio de solvencia técnica, al colisionar dicha exigencia con los criterios de adjudicación fijados en los mismos pliegos en los que se puntúa también el estar en posesión de certificados de calidad.

1.3. Nulidad de la fórmula establecida para la valoración del precio.

La recurrente cuestiona la fórmula proporcional inversa fijada para la valoración del precio, al considerar que provoca una distorsión en la aplicación de la puntuación y aumenta las diferencias económicas pequeñas, originando un desequilibrio que pudiera conllevar una pérdida de la calidad de la oferta que resulte adjudicataria. Asimismo, pone de manifiesto la falta de justificación en el expediente del criterio elegido, con vulneración del artículo 146.2 de la LCSP.

1.4. Nulidad del criterio de adjudicación “calidad en el servicio” Lotes 1 y 2.

El cuarto motivo cuestiona la validez de los criterios de adjudicación que exigen la implantación de sistemas de calidad basados en la certificación ISO 9001 (o EFQM y equivalente); sistemas de gestión de emergencias basados en la certificación ISO 22320 (y equivalentes) o sistemas para la gestión para la evaluación y control del riesgo por agentes biológicos basados en la certificación Biological Risk Control de OCA Global o equivalentes, al considerar que hacen referencia a una característica general de la empresa pero no a la implantación de dichos sistemas de gestión en el servicio, objeto del contrato, incumpliéndose con ello la vinculación con el objeto del contrato que la LCSP exige para los criterios de adjudicación. En síntesis, lo que se cuestiona es la verdadera naturaleza de la exigencia de tales certificados que, en su opinión, han de configurarse como criterios de solvencia. Además, se afirma en el recurso que algunos de los certificados exigidos son muy poco frecuentes por lo que podrían constituir una evidente barrera de entrada al mercado.

1.5. Nulidad de los criterios de adjudicación del lote 2 por el carácter desproporcionado en relación con el presupuesto del lote.

La recurrente, con invocación de doctrina del Tribunal Catalán de contratos del Sector Público y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, alega que los criterios de adjudicación fijados en el pliego para el Lote 2, valorados en su conjunto (oferta de horas adicionales para el refuerzo del servicio, contratación del personal con mayor grado de titulación; implantación de un sistema certificado de calidad, realización de campañas y jornadas de formación) tienen un coste muy elevado si se pone en relación con el presupuesto anual del lote 2 que asciende a 9.752,64 euros, y distorsionan el precio del contrato, al incluir prestaciones distintas, configurando, en definitiva, una ampliación encubierta y desproporcionada del servicio, lo que está proscrito por la normativa vigente.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación combate en su informe los distintos motivos del recurso con fundamento en los

informes emitidos, respectivamente, por el jefe de Bomberos y por el jefe de instalaciones deportivas, cuya transcripción íntegra incorpora, con el contenido que obra en las presentes actuaciones, al cual nos remitimos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, y con carácter previo al estudio de los motivos en que el recurso se sustenta, procede analizar las consecuencias del dictado de la Resolución 269/2022 de 13 de mayo de 2022, a la que nos hemos referido en el antecedente segundo. Dicha Resolución ha estimado el recurso especial 124/2022 interpuesto contra los mismos pliegos por la Asociación Española de Empresario Deportivos a las Administraciones Públicas, dictaminando la anulación de la licitación y de aquéllos junto a los demás actos del expediente relacionados con su aprobación, al haberse estimado el único motivo esgrimido referente a la inviabilidad como criterios de adjudicación de los certificados de calidad exigidos en el Anexo 8.1n del pliego de clausulas administrativas particulares (en adelante, PCAP).

No obstante la anulación del presente pliego y demás actos, y de cara a una futura convocatoria de la licitación con nuevos pliegos, procede que este Tribunal aborde el análisis de los restantes motivos de fondo en que se sustenta el presente recurso.

1. Sobre la improcedencia de la tramitación de urgencia para esta licitación.

La recurrente señala que dicha tramitación constituye una excepción en la medida que restringe la concurrencia por la reducción de trámites y plazos, denunciando la falta de previsión de la Administración.

El órgano de contratación se opone a este alegato, sin aludir a la correcta justificación de dicha tramitación en el expediente sino que se ratifica en el carácter urgente de la tramitación que pretende amparar en la complejidad del pliego que ha dilatado la elaboración del expediente, y en la necesidad de prestación de un servicio que califica como esencial.

Pues bien, en el análisis de este motivo hemos de partir del artículo 119 de la LCSP que establece que *"Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada."* (el subrayado es nuestro)

Entre los procedimientos legalmente admitidos para agilizar las licitaciones mediante la justificación de la concurrencia de las condiciones legalmente establecidas, se encuentra la denominada tramitación de urgencia del artículo transcrito, conforme al cual se permite la reducción de plazos para los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público.

En el supuesto que analizamos, no consta propiamente una declaración de urgencia motivada elaborada por el órgano de contratación (en el caso que examinamos, la Junta de Gobierno Local) sino que figura únicamente la propuesta de tramitación urgente hecha por el órgano proponente que se contiene en el Documento n.º 28 del expediente remitido, bajo la rúbrica "*Propuesta de Contratación SOS Playas y piscina Municipal",* con el siguiente contenido:

"Se advierte urgente su tramitación, pues su puesta en Servicio está prevista para el próximo mes de marzo, y esto justifica la celeridad en su resolución y trámite sin menoscabo de ser un servicio esencial de Seguridad y Socorro público.

La programación de prestación del servicio se inicia el primer fin de semana de Semana Santa. Ser una competencia directa de esta administración la Seguridad y Salud en las Playas, justifica la necesidad de acelerar los procesos de tramitación para conseguir su resolución antes de la fecha de inicio.
Según el art. 119 LSCP: Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público."), con los documentos que lo conforman, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares".

Consta en el expediente el certificado del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 9 de marzo de 2022 en el que se aprueba el expediente y la tramitación urgente con fundamento en las razones antes expuestas.

Es criterio de este Tribunal (v.g la Resolución 100/2016, de 6 de mayo de 2016) que la declaración de urgencia obrante en el expediente ha de justificar suficientemente la necesidad de acelerar la adjudicación del contrato.

En la Instrucción de 11 de marzo de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCPEE) sobre la tramitación de urgencia de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -al analizar el alcance del artículo 50.1 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia- se formulan una serie de consideraciones que pueden ser de aplicación al supuesto que nos ocupa, por incidir en el carácter excepcional de la tramitación de urgencia. Así, la JCCPE se expresa en los siguientes términos:

> *"La imposibilidad de declarar ex lege la aplicación de la tramitación de urgencia a todos los contratos financiados con los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia es consecuencia de la normativa comunitaria sobre la materia, la cual actúa como parámetro a los efectos de valorar la correcta aplicación de los fondos concedidos a cada Estado miembro. En efecto, con ocasión de las dudas surgidas a los Estados miembros acerca de esta cuestión, la Comisión Europea emitió el 19 de noviembre de 2020 una nota aclaratoria denominada "Projects financed from recovery funds: shortening of time limits in public procurement procedures.1" En esta nota la Comisión nos recuerda que, conforme a las Directivas en materia de contratación pública, existen dos posibilidades para tramitar los contratos públicos sujetos a una situación de urgencia:*
>
> • *Aquellos que obedecen a una situación de extrema urgencia, en los que los plazos y aun los requisitos procedimentales no pueden ser cumplidos. Esta situación debe responder a circunstancias imprevisibles y no atribuibles a la responsabilidad de órgano de contratación. Es lo que en nuestro derecho se conoce como tramitación de emergencia (artículo 120 LCSP), que se empleó con éxito para hacer frente a la pandemia en los aspectos sanitarios más urgentes propiamente dichos; y también se concreta en el procedimiento negociado sin publicidad por razón de imperiosa urgencia (artículo 168.b) 1º LCSP).*
>
> • *Aquellos en los que procede la tramitación de un procedimiento acelerado cuando exista una situación de urgencia, que convierta a los plazos ordinarios en impracticables y que sea debidamente justificada en el anuncio de licitación. Esta figura responde con precisión a lo que en nuestra tradición jurídica se conoce como tramitación de urgencia y que actualmente se regula en el artículo 119 de la LCSP.*

Centrándose en esta última figura, la Comisión recuerda que, aunque la necesidad de actuar y ejecutar con rapidez los contratos financiados por el fondo puede ser entendida como una situación de urgencia, y aunque esta presunción puede aplicarse a estos contratos, las Directivas solo autorizan el uso del procedimiento acelerado como una excepción. Ello impide que se puedan fijar normativamente plazos acortados a todos los contratos públicos, estén o no relacionados con los fondos de que tratamos. Aunque pueda justificarse una urgencia general en la necesidad de actuar con rapidez en la recuperación económica, la Comisión considera que el recurso a la tramitación de urgencia únicamente cabe en los casos en que los plazos ordinarios sean realmente impracticables para tramitar el procedimiento, y todo ello amparándose en la eventual merma de la competencia que ello puede suponer, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, en el obligado respeto de los principios de concurrencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación y en la necesidad de salvaguardar los acuerdos de la UE en materia de gobernanza en la contratación pública". (el subrayado es nuestro)

Pues bien, a la vista de las razones que justifican la tramitación urgente del presente expediente, este Tribunal ha de puntualizar que no es posible motivar la urgencia en el carácter de servicio público esencial del objeto de la prestación contractual que nos ocupa. En efecto, dicho objeto viene configurado por los servicios públicos de obligada prestación por parte del Consistorio, al estar atribuida a la competencia municipal el mantenimiento de las playas y lugares públicos de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad, así como la vigilancia de la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas. Así mismo compete a los Ayuntamientos la prestación del servicio de protección civil, de salvamento y socorrismo y es ostensible que el hecho de que tales servicios no se pudiesen ejecutar oportunamente representaría un notable perjuicio para los ciudadanos.

Mas, a juicio de este Tribunal, la naturaleza de la prestación de un servicio publico esencial, que constituye el objeto contractual, no enerva la debida incorporación al expediente de la justificación concreta de los motivos fácticos o de otra índole que hayan acontecido y que justifiquen que no haya podido planificarse la contratación proyectada con suficiente antelación. Y es que precisamente por el carácter esencial del servicio que se pretende contratar, al tratarse de una competencia municipal y por su periodicidad en el tiempo cada temporada estival de baño, la Administración viene obligada a extremar el celo y la diligencia en la preparación de la licitación, con suficiente antelación, a fin de garantizar la correcta planificación de la actividad de contratación pública que exige el artículo 28.4 de la LCSP.

Es por ello, que el motivo debe ser estimado.

2. Sobre la nulidad de la solvencia técnica o profesional exigida en el pliego.

A fin de abordar la cuestión controvertida, hemos de acudir al Anexo 4 del PCAP cuyo apartado 4.2 establece los "*requisitos y medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional"* con el siguiente contenido:

"LOTE 1.
1.- Una experiencia de al menos dos ejercicios en la realización de servicios o trabajos del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto de este contrato.

Se acreditará mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza, durante los tres últimos años que los que constituyen el objeto del contrato indicando el importe, fecha y

destinatario (público o privado) de los mismos, cuyo volumen económico anual en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % del valor estimado anual medio del lote (620.044,47 €)
Para determinar que un suministro o servicio es de igual o similar naturaleza se atenderá a los tres primeros dígitos del CPV principal del contrato.

2.- Estar en posesión de los certificados acreditativos de las Normas ISO 45001 Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, e ISO 14001 de Gestión de Medio Ambiente, aplicables a los Servicios de Vigilancia, Salvamento y Socorrismo acuático, o equivalentes emitido por una certificadora oficial de cualquier Estado miembro de la Unión Europea (certificados que guardan relación con las funciones a desarrollar de forma directa en la ejecución del contrato, como es el Salvamento y Socorrismo Acuático).
Se aceptará por el órgano de contratación (previo informe del órgano gestor) cualquier medio de prueba de la equivalencia que acredite que el contratista cumple con los requisitos de los certificados de calidad exigidos en lo referente a las políticas y medidas implementadas por la empresa junto con sus los procedimientos en cada caso, recayendo la carga de la prueba sobre el licitador.

LOTE 2.
1.- Una experiencia de al menos dos ejercicios en la realización de servicios o trabajos del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto de este contrato.
Se acreditará mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados, durante los tres últimos años, indicando el importe, fecha y destinatario (público o privado) de los mismos, cuyo volumen económico anual en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % del valor estimado medio del lote: 6.826,85 €.
Para determinar que un suministro o servicio es de igual o similar naturaleza se atenderá a los tres primeros dígitos del CPV principal del contrato.
Cuando un empresario sea adjudicatario de ambos lotes, el umbral exigido será la suma del indicado en cada lote. (…)".

Por otra parte, el apartado 4.4, en relación con el otro criterio exigido para acreditar la solvencia técnica establece:

"4.4. MEDIOS DE ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE GARANTÍA DE LA CALIDAD Y/O DE LAS NORMAS DE GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL
Respecto del lote 1, como ya se ha señalado: estar en posesión de los certificados acreditativos de las Normas ISO 45001 Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, e ISO 14001 de Gestión de Medio Ambiente, aplicables a los Servicios de Vigilancia, Salvamento y Socorrismo acuático, o equivalentes emitido por una certificadora oficial de cualquier Estado miembro de la Unión Europea (certificados que guardan relación con las funciones a desarrollar de forma directa en la ejecución del contrato, como es el Salvamento y Socorrismo Acuático).
Se aceptará por el órgano de contratación (previo informe del órgano gestor) cualquier medio de prueba de la equivalencia que acredite que el contratista cumple con los requisitos de los certificados de calidad exigidos en lo referente a las políticas y medidas implementadas por la empresa junto con sus los procedimientos en cada caso, recayendo la carga de la prueba sobre el licitador".

La recurrente impetra la nulidad de la solvencia técnica exigida en el pliego, por los argumentos antes expuestos, mientras que el órgano de contratación defiende la conformidad de tales criterios con la normativa de contratación pública, y considera que los certificados exigidos como criterios de solvencia se diferencian de los criterios de adjudicación y son compatibles y complementarios, en todo caso, con el objeto del contrato. En

concreto, para el lote n.º 2 considera que la solvencia requerida se ajusta al artículo 90 de la LCSP, al ser un lote relativamente pequeño en relación al lote n.º 1 que se ejecuta en un periodo de tiempo limitado (de junio a septiembre) sin que considere admisible el argumento del recurrente respecto de que la solvencia exigida sea una barrera u obstáculo para licitar las piscinas y los servicios de salvamento y socorrismo que han funcionado durante los últimos años, pese a la pandemia, si bien con restricciones de aforo.

Pues bien, a la hora de abordar la cuestión controvertida, lo primero que ha de indicarse es que en el expediente remitido no consta la justificación de la elección de los criterios de solvencia, tal y como ordena el artículo 116.4 de la LCSP, lo que supone un evidente incumplimiento de la citada previsión legal con la consecuencia, además, de que se sustrae a este Tribunal del conocimiento de las razones que tuvo el órgano de contratación al fijar los criterios de solvencia elegidos, a fin de apreciar la vinculación al objeto del contrato, y la proporcionalidad de los mismos, que es materia litigiosa en el supuesto que se examina.

En efecto, en la propuesta de contratación relacionada como Documento n.º 6 tan solo figura lo siguiente:

"SOLVENCIA ECONOMICA: 1'5 veces la anualidad media del contrato, conforme a los art. 11.4 y 67 del RGLCAP.
SOLVENCIA TÉCNICA: 70% de la anualidad media del contrato, conforme a los art. 11.4 y 67 del RGLCAP.
Estar en posesión del certificado acreditativo de la Norma ISO 14001 e ISO 45001, en Salvamento y Socorrismo Acuático o equivalentes, emitido por cualquier certificadora oficial. Deberá remitir los certificados junto con el resto de la documentación de la licitación".

Dicho lo anterior, comenzamos con el examen del primer alegato donde se denuncia que la exigencia mínima de experiencia profesional de dos ejercicios en la realización de servicios o trabajos del mismo tipo o naturaleza que el objeto del contrato supera el mínimo legal sin que conste justificación para ello.

El artículo 74.2 de la LCSP establece que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Asimismo, conforme al artículo 132.1 de la citada norma, 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.

En la elección de los criterios de solvencia, y de conformidad con los preceptos invocados, el órgano de contratación ha de conciliar el respeto a los principios señalados con la necesidad de garantizar la ejecución del contrato a través de empresarios con la solvencia suficiente; no pudiendo nunca obviar que la proporcionalidad adquiere en estos casos una especial relevancia, por cuanto su quiebra frustraría la consecución de los restantes principios como los de igualdad y concurrencia, además de hacer innecesario un determinado nivel de exigencia económica y/o técnica para la consecución del objeto del contrato.

Como venimos señalando en nuestras resoluciones (véanse las Resoluciones 427/2019, de 19 de diciembre, y 543/2021, de 17 de diciembre), si bien es cierto que el órgano de contratación conforme al artículo 90 de la LCSP dispone de un determinado grado de discrecionalidad para establecer los requisitos de solvencia técnica o profesional exigibles en los contratos de servicios en lo que se refiere a la experiencia, lo cierto es que tal potestad discrecional se halla condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo y de la contratación, entre los que figura la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (artículos 1 y 132 de la LCSP) conforme al cual la Administración deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en

ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control.

En el supuesto examinado, la recurrente aduce que la petición de experiencia profesional en dos ejercicios supera lo exigido en la ley sin constar justificación para ello. Como ya hemos indicado al comienzo, ciertamente el órgano de contratación debería haber justificado en el expediente la elección de este requisito mínimo de solvencia técnica, como prescribe el artículo 116.4 de la LCSP, lo que hubiese permitido verificar su proporcionalidad y objetividad en los términos señalados por el artículo 74.2 del citado texto legal. Lo único que figura en el expediente, a modo de justificación, es una remisión al artículo 11.4 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas para fijar, en lo que aquí concierne, el 70% de la anualidad media del contrato.

Sin perjuicio de lo que más adelante se analizará, es reseñable que la remisión que en la referida justificación se hace al Reglamento es, a nuestro juicio, errónea puesto que, si bien el artículo 79 de la LCSP ordena aplicar los criterios reglamentariamente establecidos de entre los recogidos en los artículos 87, 88 y 90, ha de interpretarse que tal aplicación no va referida respecto de todos los criterios reglamentarios sino sólo los que coincidan con los establecidos en la Ley. Esta cuestión fue analizada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el informe 74/18 en el que se efectuaba la siguiente consideración:

> *"(...)Pues bien, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015 menciona en su artículo 27, apartado a) que para acreditar la solvencia técnica en los contratos de obras será preciso que se acredite alguna de las circunstancias siguientes: "Haber ejecutado obras específicas del subgrupo durante el transcurso de los últimos diez años." En el artículo 39, apartado 1 a) para los servicios exige acreditar "a) Haber ejecutado al menos un contrato de servicios específicos del subgrupo durante el transcurso de los cinco últimos años."*
>
> *De esta forma, queda claro que, aunque materialmente el criterio es el mismo – acreditación de la realización de contratos anteriores- el periodo a que debe extenderse tal acreditación varía de la norma legal a la reglamentaria, ocasionando un conflicto de normas.*
>
> *4. En una situación como la descrita, en la que dos normas de diferente rango jerárquico regulan la misma materia de una forma diferente es menester acudir al principio de jerarquía normativa, recogido expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución Española (entre otras muchas Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1983, de 14 de junio), en el artículo 1 del Código Civil que señala que "carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior" y en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 que indica que "los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa". La aplicación del principio de jerarquía normativa a un caso como el que nos ocupa supone que la norma que debe prevalecer es, sin duda, la norma con rango de ley frente a la norma con rango reglamentario".*

En consecuencia, a fin de enfocar la conformidad a derecho del criterio de solvencia fijado en el pliego hemos de estar a lo previsto en el artículo 90 de la LCSP que establece: *"1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios*

siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente…

(…) 2. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato." (el subrayado en ambos casos es nuestro)

La recurrente no solo denuncia la falta de justificación del criterio elegido sino que lo considera desproporcionado y contrario a la norma, al exigir experiencia en dos ejercicios, de los cuales, los correspondientes a los años 2020 y 2021 habrían coincidido con la situación sanitaria originada por la pandemia del SARS-Covid-19 y su incidencia en la prestación de un servicio como el que nos ocupa que se ha visto afectado por las restricciones de aforo.

Este Tribunal ha ido acuñando una doctrina sobre esta materia. Así, en nuestra Resolución 194/2020, de 4 junio, señalábamos que *«Es doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de Órganos administrativos de resolución de recursos contractuales que, si bien el órgano de contratación debe procurar la adecuada ejecución del contrato a través de adjudicatarios solventes, ha de cuidar, asimismo, que la solvencia establecida no sea más de la necesaria para alcanzar ese objetivo, y ello a fin de preservar los principios de libre concurrencia y de igualdad que no deben sufrir merma sin la oportuna y adecuada justificación".*

En este sentido, en el supuesto enjuiciado advertimos que, en efecto, el criterio fijado no se acomoda a la previsión legal, al exigir un mínimo de dos ejercicios de experiencia profesional cuando la ley confiere mayor amplitud al establecer que la acreditación se efectuará mediante la relación de principales servicios o trabajos de igual o similar naturaleza, durante los últimos tres años, con indicación de fecha, importe y destinatario, sin requerir un mínimo como prevé el pliego y que es objeto de controversia. Por otra parte, tampoco se acomoda a lo previsto legalmente la fijación del criterio del volumen económico anual en el año de mayor ejecución igual o superior al 70 % del valor estimado medio del lote, en la cifra que se indica en el pliego, puesto que la ley se refiere, como antes se ha transcrito, al 70% de la anualidad media del contrato, y no al 70% del valor estimado

medio como se establece en el pliego que se impugna.

Por tanto, este Tribunal considera que el criterio no se adecúa a lo establecido legalmente, en los términos que se han analizado, y teniendo presente el deber que el legislador impone al órgano de contratación de justificar en el expediente la elección de todo criterio de solvencia, deber que ha sido incumplido, el motivo ha de estimarse, debiendo, en una futura licitación que se convoque, en su caso, tener en consideración lo indicado respecto de la debida justificación del criterio de selección.

En el motivo que analizamos la recurrente pretende también la nulidad del criterio de solvencia técnica fijado en el pliego relativo a estar en posesión de una determinada norma de garantía de calidad, por considerar que los criterios de solvencia y de selección deben ser distintos y en el pliego impugnado se está exigiendo lo mismo, como criterio de solvencia y como criterio de adjudicación, aun cuando, en puridad, se estén solicitando certificados de calidad nominalmente distintos.

Así, el criterio de solvencia establecido requiere: "*Estar en posesión del certificado acreditativo de la Norma ISO 14001 e ISO 45001, en Salvamento y Socorrismo Acuático o equivalentes, emitido por cualquier certificadora oficial".*

Pues bien, el análisis de la cuestión controvertida, que plantea si es viable jurídicamente que los certificados de calidad, aun cuando se trate de certificados distintos, puedan ser exigidos en una misma licitación como criterio de solvencia técnica y como criterio de adjudicación, requiere que acudamos a la doctrina consolidada de este Tribunal en relación con la admisibilidad de determinados certificados de calidad como criterios de adjudicación, conforme a la cual se ha dictaminado la necesidad de motivar debidamente la vinculación del criterio al objeto del contrato y su proyección clara sobre la prestación que se contrata.

De no exteriorizarse y motivarse debidamente tal vinculación y la incidencia en la mejor prestación del servicio que permita evaluar comparativamente las ofertas, la acreditación de estar en posesión de determinada norma de calidad es siempre un criterio de solvencia, pues el hecho de que una empresa esté en posesión de un certificado de cumplimiento de dicha norma -sin acreditación de la vinculación al objeto del contrato y la proyección clara con la prestación- redunda en una cualidad de la empresa en cuanto mejora la gestión y control de la organización interna de la misma, y le proporciona indudablemente una serie de ventajas, pero no se proyecta directamente en la prestación que la empresa en cuestión ofrece en el mercado.

Por tanto, si bien, como antes se ha indicado, no figura en el expediente la debida motivación del criterio de solvencia elegido, lo que es de obligado cumplimiento, y no habiéndose aportado tampoco ningún argumento válido al respecto en el informe al recurso, este Tribunal considera que, a falta de la justificación correspondiente, asiste la razón al recurrente al señalar que, en el pliego que nos ocupa, no es viable establecer la exigencia de los certificados de calidad exigidos como criterios de adjudicación, tal y como se ha analizado en la Resolución 269/2022, puesto que revelan claramente, como en aquella resolución se ha examinado, su naturaleza de criterio de solvencia.

En consecuencia, atendiendo a lo ya indicado por este Tribunal en la Resolución 269/2022 -al examinar la conformidad a derecho de los criterios de adjudicación relativos a los certificados de calidad establecidos en los mismos pliegos- el órgano de contratación deberá, en su caso, en la futura licitación que se convoque motivar debidamente, la vinculación con el objeto del contrato y su proyección clara sobre la prestación que se contrata, de optar finalmente por establecer dichos certificados de calidad como criterios de adjudicación. De lo contrario, estaremos ante criterios de solvencia, sin perjuicio de que, también respecto del criterio de solvencia que se discute en el presente motivo, deberá el órgano de contratación justificar la elección del mismo, lo que impide,

en principio, a priori, un pronunciamiento de este Tribunal en este momento sobre la validez intrínseca del referido criterio.

En la citada Resolución nos pronunciábamos en los siguientes términos:

> *"(…) En el supuesto aquí analizado, en la propuesta de contratación obrante en el expediente, que figura a modo de memoria justificativa, se explica la elección de los certificados exigidos como criterios de adjudicación relativos a la calidad en el servicio en los siguientes términos:*
>
> *- Respecto de la Norma UNE/EN ISO 9001, sello de excelencia europea EFQM o equivalente, se indica que: "La posesión de esta acreditación garantiza que el licitador tiene establecidas unas políticas, medidas y procedimientos de calidad implementados para la prestación del servicio de Salvamento y Socorrismo Acuático vinculado, por tanto, directamente a la prestación de servicio objeto de este contrato en todos sus ciclos".*
>
> *- Respecto de la acreditación conforme con EN/ ISO 22320 (normas europeas e internacionales sobre sistemas de gestión medioambiental) se justifica la elección en los siguientes términos: "Al tratarse de un contrato de prestación de servicios vinculado directamente a la atención de emergencias e incidentes en el litoral, esta certificación va ligada a la calidad en la prestación del mismo en todos sus ciclos, ofreciendo garantía de resolución y o gestión.*
>
> *-Respecto de la acreditación de estar en posesión de la Certificación Biological Risk Control de OCA Global o equivalente, la justificación que figura en el citado documento indica que "Referido a un contrato de prestación de servicios, este se encuentra vinculado directamente a la atención de personas e incidentes, esta certificación va ligada a la gestión del Riesgo Biológico en todas sus formas, con especial referencia al Covid-19, máxime teniendo en cuenta que se desarrolla la actividad en espacios de alta afluencia de personas".*
>
> *El objeto del contrato aparece definido en la citada propuesta al señalar que "El objeto de la contratación es la necesidad de dotar y garantizar el servicio público de salvamento, socorrismo, primeros auxilios, asistencia sanitaria, transporte sanitario y atención a personas con discapacidad en las playas de BENALMÁDENA y dotar de servicio de socorrismo y salvamento acuático a la piscina municipal del polideportivo "Ramón Rico" en Benalmádena Pueblo.*
>
> *Se define como el conjunto de los equipos humanos y medios materiales, así como por todas aquellas medidas organizativas, de planificación y operativas de seguridad y Protección destinadas a garantizar la seguridad y el auxilio de los usuarios de las playas, y la prevención y seguridad en la salud de los usuarios de la piscina municipal".*
>
> *De la justificación de los criterios de adjudicación transcrita no es posible inferir, a juicio de este Tribunal, la incidencia concreta del criterio de adjudicación controvertido, respecto del objeto del contrato, que redunde en una mejor y más adecuada prestación del servicio. Como se puede comprobar fácilmente, para justificar la elección de los tres certificados que se exigen, la propuesta emplea términos y razonamientos deductivos genéricos. Así, respecto de la exigencia de la norma Norma UNE/EN ISO 9001, sello de excelencia europea EFQM o equivalente, lo que se indica es que el hecho de que el licitador tenga establecidos unas políticas, medidas y procedimientos de calidad, que se acredita a través de la posesión del certificado que se exige, va a implementar la prestación del*

servicio de Salvamento y Socorrismo Acuático y sin más explicación, se afirma la vinculación al objeto del contrato.

Respecto de la exigencia de la Norma EN/ ISO 22320 (normas europeas e internacionales sobre sistemas de gestión medioambiental) se justifica la elección empleando, a juicio de este Tribunal, una tautología al indicar que, tratándose de un contrato de prestación de servicios vinculado directamente a la atención de emergencias e incidentes en el litoral, esta certificación va ligada a la calidad en la prestación del mismo en todos sus ciclos, ofreciendo garantía de resolución y gestión. Este Tribunal por el contrario, considera que no solo existe falta de motivación de la elección del criterio de forma tal que permita a cualquier interesado apreciar la vinculación de aquél con el objeto del contrato, sino que vislumbramos una falta de vinculación clara entre el objeto del contrato (salvamento, socorrismo, primeros auxilios, transporte sanitario y atención a personas con discapacidad en las playas del municipio, o el servicio de socorrismo y salvamento acuático en la piscina municipal) con los certificados exigidos como criterios de adjudicación que se refieren a normas sobre gestión medioambiental.

Finalmente, tampoco se justifica suficientemente en qué aspectos redunda en una mejor y más eficaz prestación del servicio la exigencia de certificación Biological Risk Control de OCA Global o equivalente. Es más, como ya hemos indicado, es difícil apreciar siquiera, de manera tangencial, una vinculación entre la prestación objeto del contrato con el hecho de exigir una certificación de calidad ligada a la gestión del Riesgo Biológico en todas sus formas, con especial referencia al Covid-19. Pretende justificarse en que la actividad se desarrolla en espacios de alta afluencia de personas, si bien, tratándose de espacios al aire libre (playas y piscina municipal) resulta muy forzado deducir una clara vinculación al objeto del contrato que permita evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato.

Este Tribunal viene considerando que para que sea válido un criterio de adjudicación es necesario que sea objetivo (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables) y que permita evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato definido en los pliegos, para de ese modo obtener la prestación que mejor responda a las necesidades del órgano de contratación. En definitiva, hemos señalado, siguiendo dicha línea argumental (v.g. Resolución 412/2020, de 26 de noviembre) que:

- Un criterio de adjudicación solo será admisible si cumple la condición establecida en la Directiva 2014/14 de permitir valorar las ofertas en términos de rendimiento del contrato -de la obra, el suministro o el servicio- tal y como es definido en las especificaciones técnicas, es decir, si puede afectar de manera significativa a la ejecución de aquel.

-Un criterio de adjudicación cumple el requisito de vinculación al objeto del contrato si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, sin olvidar en este último caso que el criterio debe incidir en el rendimiento del contrato afectando significativamente a su ejecución.

Esta doctrina ha sido reiterada también en nuestra reciente Resolución 534/2021, de 10 de diciembre de 2021 anteriormente mencionada.

En el supuesto analizado, y tal y como se desprende del informe del órgano de contratación con fundamento en el extracto del informe del Jefe de Bomberos, a cuyo contenido nos remitimos íntegramente a fin de evitar reiteraciones innecesarias, la implementación de un sistema de gestión de la calidad permite a una organización empresarial gestionar mejor la prestación del servicio, es decir, supone un plus para calibrar la calidad del resultado prestacional de la empresa en términos globales, pero no incide per se en una mejor prestación del servicio contratado, o al menos, no aparece justificado.

Lo anterior pone de manifiesto y revela la cualidad de requisito de solvencia, y no su debida configuración como criterios de adjudicación, al no redundar intrínsecamente en una mejor prestación del servicio objeto del contrato que permita evaluar comparativamente las ofertas presentadas. Es decir, el hecho de que una empresa esté en posesión de un certificado de cumplimiento de dicha norma -que es lo que se valora como criterio de adjudicación- redunda en una cualidad de la empresa en cuanto mejora la gestión y control de la organización interna de la misma, y le proporciona indudablemente una serie de ventajas, pero no se proyecta directamente en la prestación que la empresa en cuestión ofrece en el mercado (….)"

El motivo, por tanto ha de estimarse.

3. Sobre la nulidad del criterio de adjudicación "calidad en el servicio".

Llegados a este punto y por razones de sistemática, abordamos el análisis del motivo cuarto del recurso, sobre la validez del criterio de adjudicación "calidad en el servicio" (lotes 1 y 2), por tratarse de una cuestión directamente conexa con la que acabamos de analizar.

El objeto de controversia que plantea el recurso en este punto radica en la inviabilidad de los certificados de calidad establecidos como criterios de adjudicación en el pliego, al argumentar que dichos certificados están vinculados con la solvencia de la empresa, aun cuando se pretenda aparentar que constituyen una garantía para la prestación del servicio.

El órgano de contratación defiende, en términos genéricos, que la valoración de la tenencia de los certificados de calidad que se indican en los criterios redunda en una mejora en la prestación del servicio; que no son excluyentes y que no se trata de certificaciones aisladas o desconocidas sino que están al alcance de cualquier licitador. En concreto, respecto de la calidad en el servicio con relación al lote n.º 2, se justifica la exigencia de contar con el certificado UNE/EN ISP 9001 y su vinculación al objeto del contrato para garantizar que el licitador tiene establecidas unas políticas, medidas y procedimientos de calidad implementados para la prestación del servicio de salvamento y socorrismo acuático vinculado al contrato, considerando que estaría directamente relacionado a la prestación objeto del contrato en todos sus ciclos.

Pues bien, la cuestión ha sido resuelta en la Resolución 269/2022 a la que nos venimos refiriendo, cuyas consideraciones, de plena aplicación al supuesto que nos ocupa, han sido transcritas con anterioridad y que concluye que en los pliegos impugnados, no se aprecia la obligada vinculación al objeto contractual de los criterios de adjudicación referentes a los certificados de calidad, dictaminando que dicho aspecto debió justificarse en la memoria, no considerando admisible bajo ningún concepto que la justificación pueda efectuarse *a posteriori* en sede de recurso. En cualquier caso, con la motivación que esgrime el órgano de contratación en el informe al recurso, es evidente que estaríamos ante criterios de solvencia y no podrían ser

admitidos como criterios de adjudicación, lo que debe tenerse presente de cara a una ulterior licitación.

Con fundamento en las consideraciones realizadas, el motivo debe ser estimado.

4. Sobre la nulidad de la fórmula establecida para la valoración del precio.

El análisis del motivo esgrimido en el recurso con relación al desequilibrio de la fórmula fijada en el pliego para la valoración del criterio "*Oferta económica*" requiere acudir, en primer lugar, a la fórmula que cuestiona el recurrente y que figura en el Anexo 8.1.n del pliego en los siguientes términos:

"Sobre la base de un baremo de puntuación de 100 puntos.
1) OFERTA ECONÓMICA (Hasta un máximo de 45 puntos)
Se asignará la puntuación máxima a la oferta más baja y el resto de las ofertas se puntuarán según la siguiente fórmula:
Pi = PM x (PL - Oi) / (PL - OMB)
Dónde: Pi: Puntuación de cada oferta; PM: Puntuación máxima; PL: precio de la licitación (IVA excluido; Oi: Oferta a puntuar y OMB: Oferta más baja".

La recurrente desarrolla, de modo muy sucinto, el argumento limitándose a afirmar que la fórmula de la proporcionalidad inversa provoca un desequilibrio en la puntuación y conlleva una pérdida de calidad de la oferta que resulte adjudicataria, sin que la crítica abstracta que efectúa concrete en qué medida provoca la distorsión que denuncia. Pone de manifiesto, además, la falta de justificación en el expediente de la fórmula con vulneración del artículo 146.2 de la LCSP.

El órgano de contratación, por el contrario, considera que la fórmula fijada en el pliego para la valoración de las ofertas económicas no afecta al desequilibrio en la puntuación que se denuncia, sino que es una fórmula objetiva, justa y proporcionada y que alcanza el 45% como máximo de la puntuación total. Manifiesta, además, que es la fórmula indicada por las instrucciones de la Alcaldía del Ayuntamiento convocante con el objeto de racionalizar los procedimientos de contratación. Asimismo, invoca el margen de libertad de que dispone el órgano de contratación para elegir la fórmula económica, y la coherencia de la misma con los principios de control del gasto público y eficiencia. Defiende que se trata de una fórmula cuya especificación y definición figura en los pliegos, trayendo a colación el criterio establecido en Resolución 220/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid sobre la justificación a que alude el artículo 146.2 de la LCSP.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes y revisada la fórmula económica prevista en el pliego, este Tribunal considera que no asiste la razón a la recurrente, que, por otra parte, y como ya hemos indicado, efectúa un alegato con escaso fundamento y planteado en términos imprecisos y genéricos.

De lo establecido en el pliego resulta ostensible que la mayor puntuación se asignará a la mejor oferta y que se especifica la fórmula para aplicar la regla de proporcionalidad inversa para las restantes, según el porcentaje ofertado respecto del precio de licitación.

En este sentido, conviene traer a colación el criterio del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución 65/2017 en la que afirma que *"La proporcionalidad es un concepto matemático que supone una relación entre magnitudes de forma que si una varía la otra cantidad es un múltiplo constante de la anterior. En la proporcionalidad directa, partiendo de la mayor baja procede una interpolación lineal hasta el tipo*

de licitación, otorgando 10 puntos a la mayor baja y 0 al tipo de licitación. La proporcionalidad entre bajas solo puede ser directa. En la valoración, sin embargo se aplica una regla de proporcionalidad inversa, es decir tomando como referencia la oferta presentada por Sanivida. (_) En ambas operaciones la oferta más baja obtiene la mayor puntuación posible, 10 puntos, pero el cálculo es diferente y las resultados para los restantes licitadores también. Si bien ambas pueden tener encaje en la legislación como sistemas válidos para calcular la puntuación correspondiente al criterio precio cuando se comparan precios la proporcionalidad es inversa y al contrario la valoración de las bajas siempre debe realizarse utilizando una proporción directa puesto que a mayor baja se deben obtener más puntos".

En el presente caso, el órgano de contratación ha optado por una regla de proporcionalidad inversa, perfectamente definida en el pliego, a través de la fórmula especificada, que conduce a que la valoración de la oferta deba efectuarse sobre la baja que realiza cada proposición respecto del precio de licitación, lo cual consideramos es conforme a derecho, y conlleva la desestimación del motivo.

5. Sobre la nulidad de los criterios de adjudicación del lote 2 por su carácter desproporcionado en relación con el presupuesto del lote.

El último motivo del recurso se fundamenta en el carácter desproporcionado de los criterios de adjudicación del lote n.º 2 con relación al presupuesto del lote, afirmando, en síntesis, que encubren mejoras que no cumplen las exigencias previstas legalmente para su admisibilidad como criterios de adjudicación, y que vienen en definitiva a configurar una ampliación de las prestaciones del servicio objeto del contrato, proscrito por la normativa vigente.

El órgano de contratación se opone al recurso con argumentos que solo de manera tangencial, abordan frontalmente, la verdadera cuestión que se debate, incidiendo en la escasa relevancia económica o en la consideración de "gastos generales" pero sin rebatir ni la naturaleza ni la justificación de los criterios de adjudicación elegidos, justificación que no solo no aparece en el informe al recurso sino que tampoco figura motivado en el expediente tal y como exige el artículo 116.4 de la LCSP.

Así, en primer lugar, esgrime que, con excepción del criterio de valoración A1 "*mejora del precio del contrato*" todos los criterios restantes tienen régimen de saciedad, no son ilimitados y están vinculados directamente al objeto del contrato.

Por otro lado, tanto en el criterio A3 "*calidad en el servicio*" como en el criterio A4 *"titulación del encargado*" establecidos para el Lote n.º 2 los gastos que en ambos casos ha de asumir la empresa son gastos generales, tanto los relativos a la implantación de certificados de calidad, cuyo gasto se reparte entre todos los contratos que tenga la empresa, como la exigencia de contar en plantilla con un licenciado en educación física y deporte o titulación equivalente.

En relación con el criterio A5 "*campañas de difusión y cursos de formación*" se argumenta la escasa incidencia económica por cuanto se trata de campañas de difusión que no de publicidad, que la empresa puede elaborar en formatos comunes y asequibles. Respecto de los cursos de formación, se indica que solo se impartirán una vez a lo largo de la vida del contrato.

Finalmente, con relación al criterio A2 "*bolsa de horas adicionales"* se indica que dicho criterio limita la oferta de las empresas a un máximo de 25 hs/año dentro de un servicio de 622 hs /año, representando tan solo hasta un

4% de mejora, puntualizando que las horas adicionales se podrán utilizar para servicios que de forma inesperada tenga que cubrir el área de deporte, siempre en coordinación con la empresa adjudicataria y dentro de los meses de apertura de la piscina.

Pues bien, si acudimos al pliego regulador de la presente contratación, para el lote 2 "Servicio de salvamento y socorrismo en la piscina del polideportivo municipal «Ramón Rico» de Benalmádena pueblo", se fijan los siguientes criterios de adjudicación cuya configuración como mejoras encubiertas constituye el núcleo de la presente controversia.

"LOTE 2.
Sobre la base de un baremo de puntuación de 100 puntos.
El contrato será adjudicado al licitador cuya proposición obtenga una mayor puntuación global.
Criterios económicos: se valorará con un máximo de 49 puntos la suma de los siguientes factores, A.1 y A.2.
Criterios cualitativos: se valorará con un máximo de 51 puntos la suma de los siguientes factores: A.3, A.4 y A.5.

CRITERIOS NO SUJETOS A UN JUICIO DE VALOR

A.1.- MEJORA DEL PRECIO DEL CONTRATO: (hasta un máximo de 44 puntos)
Se asignará la puntuación máxima a la oferta más baja del precio del contrato (sin IVA), los demás licitadores obtendrán una puntuación proporcional según el precio ofertado, el cual vendrá determinado por el resultado de la siguiente fórmula de valoración económica:
Pi = PM x (PL -Oi) / (PL-OMB)
La puntuación resultante de cada licitador incluirá hasta 2 decimales.
La oferta se expresará en euros, con dos decimales (en número y letra).
En todo caso, a las ofertas coincidentes con el "precio base de licitación del contrato", se les atribuirá cero puntos.

A.2.- OFERTA DE BOLSA DE HORAS ADICIONALES PARA REFUERZO DEL SERVICIO (Hasta un máximo de 5 puntos)
•1 punto por ofertar 5 horas adicionales por año.
•2 puntos por ofertar 10 horas adicionales por año.
•3 puntos por ofertar 15 horas adicionales por año.
•4 puntos por ofertar 20 horas adicionales por año.
•5 puntos por ofertar 25 horas adicionales por año

A.3.- CALIDAD EN EL SERVICIO (5 puntos):

Tener implantado un sistema de seguimiento y control (sistema de gestión de la calidad), estando en posesión de la acreditación conforme con la Norma UNE/EN ISO 9001, sello de excelencia europea EFQM o equivalente: 5 puntos.
La posesión de esta acreditación garantiza que el licitador tiene establecidas unas políticas, medidas y procedimientos de calidad implementados para la prestación del servicio de Salvamento y Socorrismo Acuático, vinculado por tanto, directamente a la prestación del servicio objeto de este contrato en todos sus ciclos.
La equivalencia del título será analizada y, en su caso, aceptada por el órgano de contratación siempre que el medio de prueba de la equivalencia que acredite que el licitador cumpla con los requisitos de los certificados de calidad exigidos en lo referente a las políticas y medidas implementadas por la empresa junto con sus los procedimientos en cada caso, recayendo la carga de la prueba sobre el licitador.

A.4.- TITULACIÓN ENCARGADO DEL SERVICIO (7 puntos):

Buscando a través de la formación académica del encargado del servicio, un mayor conocimiento y dominio del sector y del servicio, lo cual significará una mejor y más eficaz ejecución del contrato.
Por la acreditación de que el encargado del servicio ostente la siguiente titulación, se obtendrá 7 puntos. Para su acreditación será necesario adjuntar título oficial con indicación clara de nombres. Grado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte o equivalente. (en caso que corresponda con traducción al castellano).

A.5.- DISEÑO DE CAMPAÑAS PARA SU DIFUSIÓN Y CURSOS DE FORMACIÓN PARA EL PERSONAL DEL ÁREA DE DEPORTE.

Por el diseño de campañas para su difusión y cursos de formación para el personal del Área de Deporte, el licitador podrá obtener hasta un máximo de 37 puntos.
Dada la conveniencia de contemplar una mejor y más fluida comunicación a los ciudadanos y usuarios de las piscinas municipales y de cara a ofrecer un servicio más completo, el licitador podrá ofertar a su cargo:
- Diseños de campañas para su difusión por el Ayuntamiento de Benalmádena en redes sociales, web del Área de Deporte y la instalación de cartelería (impresos en tamaño A3) en los tablones de anuncio de la instalación deportiva (6 tablones), dichas campañas serán realizadas al inicio del servicio, manteniéndose durante el período de funcionamiento de la piscina y se repetirán durante todo el ámbito temporal del contrato, previa coordinación con la Dirección del Área de Deporte.
- Jornadas de formación al personal trabajador del Área de Deporte en temas relacionados al objeto del contrato. Las jornadas de formación se realizarán preferiblemente antes del inicio de la temporada de uso de las piscinas municipales y siempre que el servicio lo permita. Las jornadas de formación se impartirán una vez durante la ejecución del contrato.
El licitador podrá ofertar el diseño de las campañas y jornadas de formación que se relacionan a continuación, puntuando hasta un máximo de 37 puntos en el caso de ofertar las 5 alternativas, 3 campañas informativas y 2 jornadas de formación. Los demás licitadores obtendrán una puntuación proporcional y acorde al número de campañas y jornadas de formación ofertadas por el licitador, el cual vendrá dada por el resultado de la suma de los puntos indicados para cada campaña y jornada formativa.
En todo caso, a los licitadores que no oferten ninguna campaña ni jornada de formación, se les atribuirá cero puntos.

DISEÑO DE CAMPAÑAS PARA SU DIFUSIÓN Y CURSOS DE FORMACIÓN PARA EL PERSONAL DEL ÁREA DE DEPORTE	*PUNTOS OTORGADOS A CADA APARTADO*	*SI*	*NO*
1. Campaña de protección solar en las piscinas municipales de Benalmádena *El objeto de esta iniciativa es informar y concienciar a los usuarios sobre los efectos nocivos del sol y educar en hábitos saludables con la finalidad de prevenir el cáncer de piel.*	*3*		
2. Campaña de gestión de residuos y reciclaje en las piscinas municipales de Benalmádena. El objeto de esta iniciativa es promover y potenciar el valor y la necesidad social del reciclaje, fomentando el papel activo de los ciudadanos y facilitándoles su colaboración, con el fin último de mejorar la separación en origen de los residuos y disponer de un municipio e instalaciones más limpias. *El licitador incluirá 3 cubos para reciclaje de plástico, vidrio y cartón (mínimo 50 lts c/u) que mantendrá en el recinto de piscina durante el período de funcionamiento del servicio y durante todo el ámbito temporal del contrato.*	*6*		

3.*Campaña de información sobre el mejor aprovechamiento del agua. El objeto de la campaña es concienciar a la población sobre la importancia del ahorro del agua.*	*3*		
4. Formación de 1 operario del Área de Deporte en el mantenimiento de piscinas de uso colectivo (Real Decreto 742/2013). Mínimo de 20 horas de formación teórico prácticas.	*15*		
5. Formación de 1 operario del Área de Deporte en Soporte vital básico y manejo del DEA (Decreto 22/2012, Orden de 4/06/2013 Junta Andalucía).	*10*		
TOTAL PUNTOS MÁXIMOS	37		

Antes de entrar en el análisis de la controversia, conviene poner de relieve la discordancia existente entre la propuesta de contratación que figura como Documento n.º 28 del expediente y el propio pliego, con relación a los criterios de adjudicación del lote n.º 2 siendo reseñable que en la propuesta no figura el criterio A5 relativo al "*Diseño de campañas para su difusión y cursos de formación para el personal del área de deporte",* que por el contrario sí figura en el pliego.

Vista las alegaciones de las partes, procede el análisis del núcleo litigioso. En este sentido, ha de indicarse que no se cuestiona por la parte recurrente aspectos como la vinculación al objeto del contrato de los criterios de adjudicación fijados, sino que sitúa el debate en torno a la desproporción de las prestaciones adicionales que, a su juicio, encubren aquéllos con relación al presupuesto del contrato, partiendo de la premisa de que se trata de mejoras encubiertas que conculcan el artículo 145.7 de la LCSP.

Este Tribunal por el principio de congruencia, va a centrarse en el análisis de la eventual calificación de tales criterios como mejoras, sin prejuzgar la validez intrínseca de dichos criterios, ni la debida vinculación al objeto del contrato, que, en una apreciación preliminar de este Tribunal, podrían ser aspectos a cuestionar pero que no han sido debatidos por la parte recurrente en su recurso.

Así, pues, el artículo 145.7 de la LCSP establece lo siguiente:

"En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.
En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.
Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.
Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación". (el subrayado es nuestro)

Al respecto, el citado apartado 7 del artículo 145 de la LCSP, entre otras cosas y en lo que aquí interesa, dispone que las mejoras como criterio de adjudicación deberán estar suficientemente especificadas, esto es cuando se fijen de manera ponderada, con concreción de los requisitos, límites, modalidades y características de las

mismas, cualidades todas ellas que la recurrente considera que no cumplen los criterios de adjudicación fijados para el lote 2, partiendo de su configuración en todo caso, como mejoras encubiertas, que distorsionan, además, el precio del contrato, desde el punto de vista económico, al incluir prestaciones distintas, como la realización de campañas de difusión y formación, o la contratación de un perfil distinto para el encargado del servicio.

Pues bien, este Tribunal puede convenir en el plano abstracto- teórico con el recurrente que, de haber sido configurado alguno de los criterios controvertidos como mejoras, en los términos y condiciones exigidos legalmente, se tendrían que haber especificado, e indicado, en los términos previsto en el 145.7 de la LCSP para así evitar proposiciones irreales o descabelladas. No obstante, este Tribunal sí estima que los criterios de adjudicación cuya naturaleza se cuestiona, sí tienen fijados límites, sin que entremos a prejuzgar otras cuestiones, como ya se ha indicado.

Pero lo cierto es que el órgano de contratación no ha fijado tales criterios como mejoras "*stricto sensu".* Por tanto, y pese a la ausencia de la debida motivación de la elección de los criterios de adjudicación que ha sido ya advertida por este Tribunal, y aun cuando pudieran discutirse otros aspectos o extremos relativos a la vinculación al objeto del contrato para los criterios cualitativos, según exige el artículo 145 de la LCSP, que- insistimos- no han sido discutidos, este Tribunal no advierte la naturaleza encubierta de prestaciones adicionales del contrato, que es el ámbito de cognición por ser el objeto concreto de denuncia del recurrente.

Así, es patente que el criterio A.3 "*Calidad en el servicio*" relativo a la implantación de un sistema de seguimiento y control conforme a la acreditación UNE/EN ISO 9001 no puede ser calificado como una "prestación adicional" encubierta, y como una mejora que, según la tesis del recurrente, distorsionaría el precio del contrato junto a los restantes criterios. Cuestión distinta e insistimos -ello no es objeto de análisis por no haber sido objeto de controversia-, sería la admisibilidad como criterio de adjudicación o como criterio de solvencia, cuestión además, que en este caso, sí ha sido analizada por este Tribunal en la presente Resolución con relación a los certificados de calidad exigidos para los lotes 1 y 2 como criterio de adjudicación.

Tampoco, a nuestro juicio, es posible advertir la naturaleza de "prestación adicional encubierta" que se predica del requisito exigido en el criterio A.4 "*Titulación encargado del servicio*" que valora con 7 puntos la acreditación de que el encargado del servicio ostente una determinada titulación, en concreto, la de Grado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte o equivalente. En este caso, la controversia podría suscitarse por la debida justificación del criterio elegido como criterio de adjudicación y no como criterio de solvencia ex artículo 90. 1 letra e) pero lo que no cabe apreciar o concluir es la naturaleza de mejora encubierta que genera una prestación adicional a la del objeto contractual que pretende hacer valer la parte recurrente.

Finalmente, a la vista de la descripción del alcance del servicio que se pretende contratar en los pliegos y que comprende, entre otras, las labores de salvamento acuático; vigilancia en el mar; vigilancia desde los puestos/ torres vigías; la búsqueda de personas perdidas; la asistencia a discapacitado en playas; la asistencia de primeros auxilios ; o la asistencia de emergencia sanitaria, consideramos que tampoco puede calificarse como mejora encubierta el criterio A5 relativo al "*Diseño de campañas para su difusión y cursos de formación para el personal del Área de Deporte*" al faltar, a juicio de este Tribunal, la debida vinculación al objeto del contrato que no es posible constatar para poder considerarla una prestación adicional, al menos en alguna de las campañas o cursos que se indican, como el relativo a la gestión de residuos, y promoción del reciclaje o el destinado a fomentar una mayor concienciación sobre el aprovechamiento del agua.

Por tanto, hemos de concluir que, si bien, la ausencia de justificación de los criterios de adjudicación, por un lado, y los límites estrictos en que ha quedado planteada la cuestión por el recurrente, impiden a este Tribunal

efectuar un análisis de fondo de los criterios de adjudicación fijados en los pliegos, lo cierto es que ha de descartarse la naturaleza de mejoras encubiertas de los criterios de adjudicación denunciada, sin prejuzgar la validez de fondo intrínseca de aquéllos, por los motivos expuestos. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado, sin perjuicio de lo ya indicado respecto de la ausencia de justificación de la elección de los criterios de adjudicación.

Con fundamento en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser estimado parcialmente por los motivos expuestos, pero la consecuencia ha de ser la anulación total del expediente de licitación y de los pliegos, debiendo corregirse las infracciones legales cometidas y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de esta resolución, anulando el anuncio, los pliegos y la memoria justificativa que rigen el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMERGÈNCIES SETMIL, S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de salvamento, socorrismo, primeros auxilios, asistencia sanitaria, transporte sanitario y atención a personas con discapacidad en las playas de Benalmádena y salvamento y socorrismo acuático en la piscina municipal del Polideportivo «Ramón Rico» en Benalmádena Pueblo”Expediente n.º 2020/00040456S promovido por el Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena, y en consecuencia, anular dichos actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

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 en resolución de 20 de abril 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.