

Recurso 151/2022
Resolución 281/2022

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

Sevilla, 20 de mayo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L** (en adelante, la recurrente) contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de limpieza en la Biblioteca pública provincial Infanta Elena de Sevilla” Expte. Contr. 2021/201413, promovido por la Delegación Territorial de Cultura y Patrimonio Histórico en Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de abril de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 213.542,15 € euros. En dicha fecha, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas.

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 20 de abril de 2022 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra 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 6 de mayo de 2022 este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

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 11 de mayo de 2022.

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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

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.

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, la recurrente ni siquiera de manera tangencial, justifica su legitimación, más allá de afirmar que tiene por objeto social la prestación de servicios integrales de limpieza y que ostenta las características necesarias para ser potencial licitadora, fundando únicamente su interés legítimo en la afectación eventual a sus derechos o intereses por la deriva del recurso y las decisiones que pudieran adoptarse en el seno del expediente de contratación.

Pues bien, al hilo de lo expuesto, un análisis de las cuestiones de fondo planteadas en el recurso -relativas a la inadecuación del presupuesto base de licitación al precio de mercado e incorrecto cálculo del valor estimado del contrato, con vulneración de la normativa de contratación pública, así como la falta de limitación de las mejoras objeto de valoración en los apartados del pliego que impugna- conduce a este Tribunal, en aplicación del principio "*pro actione*" a considerar que la recurrente, si bien no de manera explícita, justifica su legitimación aduciendo que los vicios del pliego que denuncia inciden en la validez de todo el proceso licitatorio, vulneran los principios básicos de la contratación pública, y afectan de alguna manera a su esfera de derechos e intereses, por impedirle participar en condiciones de igualdad. Queda, pues, acreditado el interés legítimo que ostenta para impugnar los pliegos rectores de la presente contratación.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra 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, los pliegos fueron puesto a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 5 de abril de 2022, por lo que el recurso presentado el 20 de abril de 2022 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1, letra b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

El recurso se articula en dos motivos:

1.1 Incorrecto cálculo del valor estimado del contrato fijado en el Anexo I, apartado 2 del PCAP e infracción de los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP y de la doctrina consolidada de los Tribunales administrativos de Recursos Contractuales sobre la cuestión. Inadecuación del presupuesto base de licitación al precio de mercado.

En síntesis, la recurrente denuncia que el objeto de la licitación es un contrato de servicio de limpieza en el que el coste salarial, por ser de empleo de mano de obra intensiva, supone la casi totalidad del precio, y sin embargo, en



la elaboración del presupuesto base de licitación no se ha tenido en cuenta el coste real del contrato, a pesar de haberse indicado en el pliego la aplicación del convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla, publicado en el núm. 296 del Boletín Oficial de la Provincia, de 23 de diciembre de 2016, con vigencia hasta 2020. Respecto de este extremo, pone de manifiesto que no se han contemplado las subidas salariales pactadas para los trabajadores adscritos al citado convenio, para los años 2022 y 2023, a la hora de efectuar el cálculo del presupuesto, según se desprende de una noticia publicada en el *El economista.es* cuyo enlace incorpora.

1.2 Falta de limitación de las mejoras objeto de valoración en el Anexo X, mejoras B.2.1 y B.2.2.

La recurrente alega, en primer lugar, la existencia de un error en el apartado B del Anexo X del PCAP que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento. Así, detalla que las cuatro mejoras previstas en el citado Anexo como criterios de adjudicación se evaluarán de 0 a 30 puntos, pero la suma de la puntuación máxima da un total de dieciocho puntos, advirtiendo que ello puede obedecer a la omisión de un criterio de mejora consistente en la *“realización de limpiezas generales durante la vigencia del contrato”*, con un máximo de doce puntos, que figura en el Anexo VIII del PCAP y que no aparece por error en el Anexo X del pliego.

En segundo lugar, denuncia que en las mejoras establecidas en los apartados B.2.1 y B.2.2 del Anexo X del pliego no se ha previsto ni el número máximo de horas a ofertar, ni el número máximo de bolsas para la guarda de paraguas, lo que, a juicio de la recurrente, choca, de manera frontal, con lo establecido en el artículo 145.7 de la LCSP. Invoca, asimismo, doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales sobre la falta de concreción del número máximo de horas objeto de las mejoras y su afectación a los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y transparencia consagrados en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación combate en su informe los distintos motivos del recurso. Así señala, por un lado, que el error advertido en el Anexo X del pliego fue rectificado, procediéndose a la publicación de la corrección de errores con fecha 20 de abril y otorgándose una ampliación del plazo para la presentación de ofertas hasta el día 28 de abril. Con relación al error advertido por el recurrente en el apartado B del Anexo X del PCAP, relativo a la puntuación de una de las mejoras establecidas como criterio de adjudicación, admite que asiste la razón a la recurrente e indica que dicho error fue objeto de subsanación en los términos expuestos.

Asimismo, defiende con fundamento en la documentación obrante en el expediente, que el cálculo del valor estimado, y por ende, la determinación del presupuesto base de licitación -que se ha llevado a cabo a partir de los conceptos retributivos indicados en el convenio colectivo que es de aplicación- es correcto. Incide en que el recurrente aporta una simple referencia a la noticia de un preacuerdo entre dos centrales sindicales y la patronal del sector para fijar una posición común en futuras negociaciones, sin que haya acreditado la modificación legal del convenio en el extremo relativo al incremento salarial cuya omisión en el cálculo del presupuesto y en la adecuación a los precios d mercado es el objeto de la controversia.

Finalmente, rebate la alegación relativa a la falta de límites de las mejoras, argumentando que la omisión de la indicación de un límite o tope máximo de unidades, no conduce necesariamente a la realización de ofertas desproporcionadas, irrealizables o absurdas, ya que el contenido de la oferta vincula a los licitadores, y habrá de ser el órgano de contratación el que haya de verificar y exigir su total cumplimiento, una vez iniciada la ejecución del contrato.



SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la incorrecta determinación del presupuesto base de licitación, del cálculo del valor estimado del contrato y sobre la inadecuación al precio de mercado. Infracción de los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede analizar el primer motivo en que el recurso se sustenta conforme a los argumentos que se exponen a continuación.

A la vista del contenido material de las alegaciones formuladas en el recurso, el objeto de debate se centra en la insuficiencia del presupuesto base de licitación previsto en los pliegos por no haberse reflejado los costes reales del contrato en los costes salariales estimados en los pliegos rectores de la presente contratación. La omisión denunciada va referida a los incrementos salariales para los años 2022 y 2023 previstos en un preacuerdo alcanzado por los sindicatos y la patronal, que, a juicio de la recurrente, deberían ser absorbidos en los costes salariales cuyo desglose y desagregación, sin embargo, no cuestiona.

Pues bien, a fin de abordar la cuestión planteada, conviene acudir a las menciones que la LCSP realiza sobre los costes salariales del personal a emplear en los contratos administrativos, partiendo de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la LCSP, que señala que *“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”*.

El artículo 100.2 de la LCSP, respecto al presupuesto base de licitación señala que *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*. (el subrayado es nuestro)

En cuanto al valor estimado, el artículo 101.2 de la LCSP establece que *“En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”*

Finalmente, el artículo 102.3 de la LCSP señala que *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”*. (el subrayado es nuestro)

En el pliego rector de la presente contratación, la regulación del presupuesto base de licitación, del valor estimado y del precio del contrato figura en la cláusula tres, tal y como se reproduce a continuación.



“El presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato es el que figura en el anexo I, en el que se indicara como partida independiente el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA) que deba soportar la Administración.

El presupuesto base de licitación, que sera adecuado a los precios del mercado, se desglosara en el anexo I, indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicara de forma desglosada y con desagregación de genero y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

(....)

El valor estimado del contrato, calculado conforme al artículo 101 de la LCSP, sera el recogido en el anexo I, y ha sido tenido en cuenta para elegir el procedimiento de licitación aplicable a este contrato y la publicidad a la que va a someterse. El método de calculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado se establece en el anexo I, que tendrá en cuenta los precios habituales del mercado, donde igualmente se indicara si el contrato esta o no sujeto a regulación armonizada...”

En el Anexo I, apartado 2 del PCAP se desglosan los componentes del presupuesto base de licitación, a cuyo contenido nos remitimos y que no transcribimos, por no ser controvertido en el presente recurso el correcto desglose de aquél.

La recurrente no cuestiona las tablas salariales vigentes “*stricto sensu*”, ni la aplicación que se ha efectuado del texto articulado del convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla -cuyo artículo 4, por otro lado, delimita el ámbito temporal del mismo-, sino que el objeto de la controversia lo centra estrictamente en la falta de inclusión de los incrementos salariales alcanzados en la fase de negociación conforme al preacuerdo alcanzado entre la patronal y los sindicatos, en una fecha que sitúa en marzo de 2022, según se desprende de la referencia de la noticia en que se basa.

Este Tribunal, en la Resolución 237/2020, de 9 de julio, al examinar la impugnación de unos pliegos por haber utilizado en la determinación del presupuesto base de licitación las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación correspondientes al año 2018, que no resultan vigentes en el momento de publicación del anuncio de licitación, fijaba el criterio temporal que ha de tenerse en consideración para efectuar el cálculo del valor estimado y del presupuesto base de licitación, y que, conforme a lo razonado en aquélla, ha de ser el referido al momento del envío del anuncio o en caso de que no se requiera tal anuncio, al momento de inicio del procedimiento de adjudicación. Así, en la citada Resolución se afirmaba lo siguiente:

“En lo que aquí interesa, conforme a los artículos 100.2, 101.7 y 102.3 de la LCSP, la adecuación a los precios del mercado del presupuesto base de licitación lo ha de ser en el momento de su elaboración (v.g., entre otras, 8 Resoluciones 93/2019, de 28 marzo, 381/2019, de 14 de noviembre, 400/2019, de 28 de noviembre y 50/2020, de 14 de febrero, de este Tribunal).

En este sentido, el citado artículo 101.7 de la LCSP dispone que el cálculo del valor estimado del contrato, y por ende el presupuesto base de licitación, deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales del mercado, y estar referido al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.”

En el supuesto examinado, por tanto, el momento temporal que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto de licitación es el de publicación del anuncio el 5 de abril de 2022, no resultando controvertido entre



las partes que en dicha fecha el convenio colectivo de aplicación vigente es el de trabajo de ámbito provincial para el sector de la limpieza de edificios y locales de Sevilla, publicado en el núm. 296 del Boletín Oficial de la Provincia, de 23 de diciembre de 2016. Conforme ha quedado acreditado, dicho texto ha servido de base al órgano de contratación para el cálculo del servicio objeto de contratación, en función de la previsión del total anual de 105,5 horas semanales de limpieza para la categoría profesional que se requiere, operario grupo IV Nivel III, según se establece en el informe razonado sobre adecuación de precio base de licitación a precios de mercado, obrante en el expediente remitido.

Asiste, por otro lado, razón al órgano de contratación cuando afirma en su informe que el recurrente no aporta prueba alguna de las subidas salariales cuya incorporación reclama. Efectivamente, la recurrente no ha desplegado esfuerzo probatorio alguno para acreditar la modificación legal del convenio respecto del incremento de las retribuciones salariales, por lo que este Tribunal estima que, no habiéndose producido una eventual modificación legal del convenio vigente o la aprobación de uno nuevo -circunstancias ambas que, en su caso, deberían haber sido objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Provincia- y tratándose de un preacuerdo entre dos centrales sindicales para fijar una posición común en futuras negociaciones con la patronal del sector, dichos pactos alcanzados respecto de los incrementos salariales no vinculan al órgano de contratación en cuanto índices a tener en cuenta para la elaboración del presupuesto, siendo correcta la aplicación de las tablas salariales conforme al convenio vigente.

Por tanto, con arreglo al criterio antes expresado, y si prejuzgar este Tribunal otras cuestiones como las relativas a la desagregación por género del presupuesto, que no ha sido controvertida, estimamos que el motivo no puede prosperar y ha de desestimarse.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la falta de limitación de las mejoras objeto de valoración en el Anexo X.

Con carácter previo a abordar el estudio de la cuestión planteada, conviene indicar que este Tribunal ha tenido ocasión de constatar la subsanación de los defectos materiales advertidos por el recurrente en el Anexo X del PCAP, labor que, como el propio órgano de contratación asume y reconoce en su informe, dio lugar a la publicación de la correspondiente corrección de errores y subsiguiente ampliación del plazo de presentación de ofertas.

De ahí que nuestro análisis se centre en la controversia suscitada en torno a la falta de límites previstos en los criterios de adjudicación calificados como mejoras descritas en el apartado B.2 del Anexo X del pliego, y en concreto, en los apartados B.2.1 y B.2.2, que indican lo siguiente:

“B. 2. Mejoras: 0 a 30 puntos

B.2.1 Mejora 1. Bolsa de horas: De 0 a 19 puntos

Ofrecer una bolsa anual de horas extraordinarias del servicio de limpieza puesto a disposición de la Administración (sin repercusión económica), conforme a lo indicado en el Anexo VIII del Pliego.

En primer lugar, se otorgará una máxima puntuación (19 pts) al licitador que ofrezca el mayor número de horas extraordinarias en la bolsa anual. A continuación, los restantes licitadores recibirán una puntuación proporcional al número de horas ofrecidas, conforme a la siguiente formula:

$$\text{Puntos mejora 1} = \frac{19 \times N^{\circ}HOV}{MN^{\circ}H}$$



Siendo:

NoHOV: el número de horas que ofrece el licitador cuya oferta se valora en ese momento

MNoH: el número de horas que ofrece el licitador que más horas haya ofrecido.

B.2.2 Mejora 2. Aportación de bolsas para la guarda de paraguas en los días de lluvia: De 0 a 3 puntos

En primer lugar, se otorgara la máxima puntuación (3 ptos) al licitador que ofrezca aportar un mayor numero de bolsas sin repercusión económica para la Administración. A continuación, los restantes licitadores recibirán una puntuación proporcional al numero de bolsas ofrecidas, conforme a la siguiente formula:

$$\text{Puntos mejora 2} = \frac{3 \times \text{N}^{\circ}\text{Bol}}{\text{MN}^{\circ}\text{Bol}}$$

NoBoL: el numero de bolsas que ofrece el licitador cuya oferta se valora en ese momento

MNoBoL: el numero de bolsas que ofrece el licitador al que se han adjudicado 3 puntos”.

En el caso que nos ocupa, el pliego ha calificado, dentro de los criterios de adjudicación automáticos previstos en el pliego, como mejoras, la aportación de una bolsa de horas extraordinarias puestas a disposición por la Administración sin repercusión económica, por un lado, y la aportación de bolsas para la guarda de paraguas en los días de lluvia, por otro.

La naturaleza como mejoras de las referidas ofertas no es la cuestión discutida ni por la recurrente ni por el órgano de contratación. No obstante, este Tribunal entiende que debe abordarse, como premisa previa, dicha cuestión, a fin de enfocar debidamente el análisis de la presente controversia.

En este sentido, con independencia de dicha calificación, es decir, ya se consideren mejoras o no, la indeterminación de los requisitos, límites, modalidades y características de los aspectos a ofertar sería contraria al principio de igualdad de trato, libre concurrencia, y transparencia. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras muchas, en su Resolución 85/2020, de 5 de marzo y 193/2022, de 18 de marzo, y los restantes órgano de revisión de decisiones en materia contractual (v.g., entre otras, Resoluciones 841/2014, de 7 de noviembre; 153/2015, de 13 de febrero y 612/2015, de 6 de julio, y Acuerdo 108/2018, de 9 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

El primer criterio consiste en una bolsa anual de horas extraordinarias del servicio de limpieza puesto a disposición de la Administración (sin repercusión económica), conforme a lo indicado en el Anexo VIII del pliego, en el que solamente se establece el baremo de puntuación que se le asigna al referido criterio, de 0 a 19 puntos. Se constata que el pliego parte de un número de horas, 105,5 horas semanales, que sirve como base para la determinación del presupuesto base de licitación.

Ello conduce a examinar la naturaleza como mejora y, en caso de que se descarte aquélla, la legalidad del criterio de adjudicación automática como el que nos ocupa donde se valoran mejoras de las ofertas, sin establecer un límite máximo que impida la realización de proposiciones descabelladas o desproporcionadas, en muchos casos de imposible cumplimiento en la práctica y que solo responden al ánimo de las entidades licitadoras de obtener la máxima puntuación en el criterio o criterios de adjudicación de que se trate.

Pues bien, sobre dicha cuestión es profusa la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales. Al respecto, resulta ilustrativa la Resolución 231/2020, de 2 de julio, donde este Tribunal



analizaba, de un lado, el concepto legal de mejora y, de otro, la necesidad de establecer en los pliegos -ya sea en la redacción del propio criterio, ya a través de la fijación de parámetros de anormalidad de las ofertas- límites o topes máximos a las mismas para evitar ofertas desproporcionadas. En tal sentido, se manifestaba lo siguiente:

<<En el examen de la controversia hemos de abordar varias cuestiones:

1. Si el criterio impugnado constituye una mejora en sentido estricto a la que resulte de aplicación el artículo 145.7 de la LCSP, presupuesto del que parte la asociación recurrente y que no es discutido por el órgano de contratación, encontrando acomodo en el propio PCAP cuyo Anexo IX considera como mejora la denominada “bolsa de horas”.

2. Si con independencia de lo anterior, el criterio de adjudicación infringe lo establecido en el artículo 145.5 al carecer de límites objetivos y vulnerar los principios de transparencia e igualdad -como sostiene la recurrente- o cabe considerar que tales límites existen y operan a través de los parámetros objetivos señalados en el PCAP para considerar incurso una oferta en presunción de valores anormales o desproporcionados -como sostiene el órgano de contratación-. En este punto, ambas partes parecen aceptar que es necesario fijar un límite máximo en el criterio; la divergencia surge en cómo debe fijarse ese límite.

Pues bien, respecto a la primera cuestión, a saber, si el criterio en cuestión constituye o no una mejora en el sentido definido y regulado en el apartado 7 del artículo 145 de la LCSP, este Tribunal ya se ha pronunciado, entre otras, en la reciente Resolución 106/2020, de 12 de mayo, donde señalábamos lo siguiente:

<< (...) el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que las mejoras por su objeto y contenido cumplen con el requisito de guardar relación con el objeto del contrato, resultando ser prestaciones extras respecto al mínimo exigido en el pliego, que favorecen las máximas posibilidades en beneficio y mejora de la prestación del servicio y del interés público, circunstancias éstas que no serán objeto de análisis por este Tribunal, sin que se prejuzguen dichas afirmaciones. Solo será objeto de examen el alegato de la recurrente en el que indica que los límites de las mejoras no quedan expresamente definidos en los pliegos.

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

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



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

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

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

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

- 1. Deberán estar suficientemente especificadas. En este sentido, se considerará que esta exigencia se cumple cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción, los requisitos, límites, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.*
- 2. Habrán de tratarse de prestaciones adicionales a las que figuren definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas.*
- 3. No podrán alterar ni el objeto ni la naturaleza de las prestaciones del contrato.*
- 4. No se les podrá asignar una valoración superior al 2,5 %, cuando la importancia en el baremo de los criterios sujetos a juicio de valor supere a la de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes obtenidos de la mera aplicación de fórmulas.*

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

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

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

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



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

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

En el supuesto analizado, el PCAP parte de un número anual de horas que sirve como base para la determinación del presupuesto base de licitación. Así pues, siguiendo el criterio expuesto en la resolución parcialmente transcrita, el criterio de adjudicación consistente en la bolsa de horas para limpiezas extraordinarias por encima de ese mínimo necesario establecido en el pliego no constituye una mejora en el sentido del artículo 145.7 de la LCSP al no tratarse de una prestación adicional y distinta a la definida en el contrato, ni por tanto le resulta de aplicación la regulación prevista en el precepto legal para las mejoras.

Cuestión distinta –y esto nos lleva al análisis de la segunda cuestión- es que, como criterio de adjudicación, la bolsa de horas deba ajustarse a los requisitos legales previstos en el artículo 145.5 del citado texto legal, conforme al cual “Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva (...).”*

Obviamente, el adecuado cumplimiento de este apartado 5 del artículo 145 de la LCSP exige que el criterio analizado posibilite una oferta viable, racional, ajustada a la realidad y proporcional al objeto del contrato, de modo que este no quede desnaturalizado o desvirtuado en su esencia con proposiciones descabelladas e irreales que, con el único propósito de obtener la máxima puntuación, nunca puedan hacerse efectivas en su integridad durante la ejecución del contrato.

Así pues, el criterio se adecuará o no a los postulados del precepto legal en función de que el pliego establezca mecanismos que permitan controlar la viabilidad material y racionalidad de la oferta, evitando proposiciones descabelladas e irrealizables, tal y como denuncia la asociación recurrente.

Ahora bien, partiendo de esta premisa, tales mecanismos o cortapisas no tienen por qué establecerse necesariamente en el pliego del modo que señala la recurrente; el artículo 145.5 de la LCSP impone una serie de reglas y principios que el órgano de contratación ha de respetar en la definición de los



criterios de adjudicación, pero al mismo tiempo deja a dicho órgano margen en cuanto al modo de conseguirlo. Así, en el supuesto analizado, no puede admitirse que solo la fijación de un tope máximo al número de horas por servicios extraordinarios permita dar cumplimiento al precepto legal.

En este sentido, aun cuando pudieran resultar razonables los argumentos del órgano de contratación frente a la fijación de un límite al número máximo de horas -posición que sostiene la recurrente-, no debe ser este tampoco el núcleo de nuestro análisis, sino si, en definitiva, el pliego establece algún medio que permita controlar la proporcionalidad y viabilidad de la bolsa de horas gratuitas ofertada, y, desde esta perspectiva, el límite existe en el PCAP aunque no opere según la fórmula clásica de su inclusión en la propia definición del criterio de adjudicación, sino a través de los parámetros objetivos para considerar incursa la oferta en presunción de anormalidad o desproporción, tal y como sucede con la oferta económica en cuanto a su límite de proporción o normalidad en la bajada. Cuestión distinta será la apreciación que el órgano de contratación tenga que realizar sobre la justificación de la oferta en el caso de que alguna o algunas pudieran incurrir en la citada presunción de anormalidad, que no ha sido alegada por la recurrente ni es objeto del presente recurso.

Tales parámetros del PCAP -anteriormente reproducidos en el cuerpo de esta resolución- constituyen en la práctica mecanismos disuasorios a aquella desproporción y, aun cuando teóricamente no impiden la realización de ofertas de horas presuntamente anormales, sí sujeta las mismas a justificación y a un juicio técnico sobre su viabilidad por parte de la Administración contratante, pudiendo ser sancionadas incluso con la exclusión (artículo 149.6 de la LCSP), consecuencia no prevista para la superación del límite de un número máximo de horas en el criterio como sugiere la recurrente; todo lo cual hace ver que este mecanismo del pliego puede resultar eficaz para garantizar ofertas reales y más acordes a la proposición económica y capacidad empresarial de cada licitador>>.

Pues bien, en el supuesto ahora analizado, entendemos que, con fundamento en la doctrina de este Tribunal que se acaba de exponer, dicho criterio no constituye una mejora en el sentido del artículo 145. 7 de la LCSP al no tratarse de una prestación adicional y distinta a la definida en el pliego, ni por tanto, le resulta de aplicación la regulación prevista en el precepto legal para las mejoras.

En todo caso, y aun no siendo discutida la calificación como mejoras, la bolsa de horas, en cuanto criterio de adjudicación, debe respetar los requisitos legales establecidos en el artículo 145.5 de la LCSP, sin que la redacción de dicho criterio pueda propiciar la realización de ofertas desproporcionadas y/o inviables.

En el caso enjuiciado, la redacción del criterio de evaluación automática “mejoras” adolece de falta de límites máximos en cuanto al número de horas a ofertar que impidan la realización de ese tipo de proposiciones, si bien la consecuencia de esta ausencia de límites -siguiendo el criterio de la resolución de este Tribunal parcialmente transcrita- podría compensarse a través del establecimiento de parámetros de anormalidad en los términos exigidos por el artículo 149.2 de la LCSP, que dispone que «La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y



que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.».

Así las cosas, los parámetros de anormalidad de las ofertas que, por imperativo legal, deben establecerse en los pliegos también pueden, en última instancia, actuar como límites adecuados a la realización de ofertas desproporcionadas e inviables.

En el caso que analizamos, el criterio de adjudicación recurrido no establece límites máximos a la oferta de bolsa de horas, sin que el PCAP haya tampoco previsto parámetros de anormalidad relativos a dicha bolsa de horas que puedan compensar esa ausencia de límites. En este sentido, el Anexo XI del cuadro resumen del pliego hace referencia únicamente a la aplicación de los parámetros previstos en el art. 85 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto legislativo 1.098/2001, de 12 de octubre para determinar si una oferta está incurso en baja.

Las consideraciones que acabamos de efectuar pueden aplicarse al criterio mejoras que consiste en la aportación de un mayor número de bolsas para la guarda de paraguas en los días de lluvia sin repercusión económica para la Administración. Así, con independencia de su configuración como prestación adicional y consecuente calificación como mejora o del análisis de la eventual vinculación al objeto del contrato del referido criterio para configurarlo como criterio de adjudicación, cuestión no controvertida, lo cierto es que no se establece en el pliego tampoco el límite máximo de unidades que sirva de parámetro para valorar las distintas ofertas.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado, ante la ausencia de límite en la redacción del criterio impugnado, y la falta de previsión de parámetros de anormalidad en las proposiciones que pudiesen actuar como límites, con infracción de lo dispuesto en el artículo 145, apartados 5 y 7 de la LCSP al permitir la realización de ofertas inviables o desproporcionadas no acordes al propósito perseguido por el legislador al regular en dicho precepto los criterios de adjudicación para la selección de las ofertas.

OCTAVO. Sobre el recibimiento del pleito a prueba solicitado por la recurrente.

Respecto de la solicitud del recurrente de “*recibimiento del pleito a prueba*” y la unión como ramo de prueba documental de los documentos que acompaña al recurso, este Tribunal estima que no procede puesto que la recurrente no aporta ningún documento junto a su escrito, más allá de la documentación acreditativa de la representación del compareciente.

Por otra parte, este Tribunal tampoco le confirió, en su día, trámite de subsanación para la aportación documental cuya unión solicita puesto que en el escrito de recurso no concretó los documentos en que basaba su derecho. A la vista de lo expuesto, no procede el recibimiento a prueba solicitado.

NOVENO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así



como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de limpieza en la Biblioteca pública provincial Infanta Elena de Sevilla” Expte. Contr. 2021/201413, promovido por la Delegación Territorial de Cultura y Patrimonio Histórico en Sevilla y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho noveno de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 6 de mayo 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 personas 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.

