**Recurso 206/2022**
**Resolución 335/2022**

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

Sevilla, 27 de junio de 2022

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio para la realización de actividades domésticas y de atención personal destinada a personas en situación de dependencia en el término municipal de Los Barrios", promovido por el Ayuntamiento de Los Barrios (Cádiz)(Expte. 63/2021), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 7 de mayo 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 ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Consta igualmente que el anuncio fue enviado el 5 de mayo de 2022 al Diario Oficial de la Unión Europea para su publicación, si bien no se ha incorporado al expediente de contratación remitido al Tribunal la publicación efectiva en el citado diario oficial. Asimismo, los pliegos de la licitación fueron puestos a disposición de los interesados a través de su publicación en el perfil de contratante el 10 de mayo de 2022.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 3.840.000 euros.

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

**SEGUNDO.** El 27 de mayo de 2022, la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE, en adelante) presentó en una oficina de Correos de Madrid escrito de recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige el contrato. El mismo día, la asociación recurrente comunicó a este Tribunal por correo electrónico el escrito de recurso presentado.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que posteriormente tuvo entrada en este Tribunal.

El 10 de junio de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la asociación recurrente.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. Competencia.**

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

**SEGUNDO. Legitimación.**

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*
*(…) En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados"*.

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *"Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados".*

El recurso se fundamenta en que determinados criterios de adjudicación resultan indeterminados vulnerando los principios de transparencia e igualdad de trato.

Conforme a sus estatutos, AESTE tiene como fin básico la defensa, representación y gestión de los intereses sociolaborales de las empresas que la integran, y en concreto, la defensa de los intereses de sus asociados ante todas las instancias y cualquier orden jurisdiccional.

Por consiguiente, a la vista del motivo en que funda la impugnación de los pliegos queda justificado su interés legítimo en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la asociación recurrente al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO. Acto recurrible**

El recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige el contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

**CUARTO. Plazo de interposición.**

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

En el supuesto analizado, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados el 10 de mayo de 2022 a través de su publicación en el perfil de contratante, por lo que el recurso presentado en una oficina de Correos y comunicado a este Tribunal el 27 de mayo se ha interpuesto dentro del plazo legal.

**QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.**

AESTE solicita la anulación del PCAP y centra su impugnación en determinados criterios de adjudicación de evaluación automática establecidos en el apartado 8 del cuadro de características del citado pliego con la siguiente redacción:

| | | |
|---|---|---|
| 5.Servicio de peluquería y barbería | 50% de atención a la demanda | 2 puntos |
| | 75% de atención a la demanda | 4 puntos |
| | 100% de atención a la demanda | 5 puntos |
| 6.Servicio de podología | 50% de atención a la demanda | 2 puntos |
| | 75% de atención a la demanda | 4 puntos |
| | 100% de atención a la demanda | 5 puntos |
| 7.Servicio de fisioterapia domiciliaria | 50% de atención a la demanda | 2 puntos |
| | 75% de atención a la demanda | 4 puntos |
| | 100% de atención a la demanda | 5 puntos |
| 8.Arreglos y pequeñas reparaciones en el hogar | 50% de atención a la demanda | 2 puntos |
| | 75% de atención a la demanda | 4 puntos |
| | 100% de atención a la demanda | 5 puntos |
| 9.Servicio de comida a domicilio | 50% de atención a la demanda | 2 puntos |
| | 75% de atención a la demanda | 4 puntos |
| | 100% de atención a la demanda | 5 puntos |

1. Alegaciones de la recurrente:

Considera que los criterios de adjudicación anteriormente expuestos no son ajustados a derecho en base a los siguientes argumentos:

-El criterio para valorar las ofertas es un dato referido a un porcentaje de demanda que los licitadores no pueden conocer de manera previa a la prestación del servicio, no pudiendo preparar la oferta en base a unos criterios objetivos. Insiste en que al no utilizarse un valor conocido y adecuado para la obtención de la máxima puntuación se genera incertidumbre a los licitadores.

-La fórmula de puntuación de las ofertas con arreglo a los criterios de evaluación automática debe ser previamente conocida por los licitadores, no siendo suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar como sucede en este supuesto. La ponderación de la puntuación no es una cuestión que pueda ser decidida en la posterior valoración. Y añade *"la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado este, carece de discrecionalidad alguna para su aplicación, sin embargo en este caso, aun haciéndose mención de cuál es el valor del porcentaje de demanda a partir del cual se obtendrán las diferentes puntuaciones, no se parte de un valor conocido, lo que a nuestro entender provoca una situación de indefensión en los licitadores"*.

-Los criterios impugnados podrían considerarse y ser tratados como mejoras que perfeccionan la prestación principal, siendo así que el artículo 145.7 de la LCSP exige que se concreten sus requisitos, modalidades y características. Así pues, no es posible presentar una oferta sobre las mismas cuando no existe forma de cuantificar estas mejoras porque se desconoce el porcentaje de demanda que hay en cada servicio. El valor de referencia que debe tomarse ha de ser un valor conocido y objetivo.

2. Alegaciones del órgano de contratación:

Se opone a los motivos del recurso esgrimiendo lo siguiente:

- Los criterios de adjudicación son prestaciones básicas exigidas a tenor de lo previsto en la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

- No se parte de un valor indeterminado que impida a los licitadores preparar su mejor oferta, ya que el dato determinante para ello son las personas receptoras de la prestación, cuya estimación se ha facilitado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

- A través de preguntas y respuestas vinculantes realizadas y publicadas en la Plataforma de Contratación, se ha facilitado a los licitadores el dato objetivo de los servicios concretos de peluquería y podología durante el año 2021 (1017 y 856 servicios, respectivamente). Por tanto, los criterios no son abiertos e imprecisos, sino que se han definido con el suficiente nivel de concreción para permitir a los licitadores conocer de antemano las reglas que rigen la valoración de las ofertas, eliminando la posibilidad de que surjan situaciones arbitrarias.

- Los criterios impugnados no constituyen mejoras en el sentido de prestaciones adicionales y distintas a las definidas en los pliegos. El PCAP no prevé la posibilidad de mejoras y *"las prestaciones de referencia tampoco se establecen como prestaciones adicionales, sino como prestaciones básicas contenidas en la cláusula 3ª del PPT"*.

**SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.**

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La controversia surge en torno a la legalidad de los criterios de evaluación automática establecidos en el apartado 8 del cuadro de características del PCAP, consistentes en (i) servicio de peluquería y barbería, (ii) de podología, (iii) de fisioterapia domiciliaria, (iv) arreglos y pequeñas reparaciones en el hogar y (v) servicio de comida a domicilio. En todos ellos, la puntuación asignada es 2, 4 ó 5 puntos en función de que el licitador oferte el 50%, 75% ó 100%, respectivamente, de atención a la demanda.

AESTE sostiene básicamente que los criterios impugnados constituyen mejoras a las que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 145.7 de la LCSP, siendo así que las mismas están faltas de concreción al no ser posible su cuantificación porque se desconoce de antemano el porcentaje de demanda que habrá en cada servicio. A ello opone el órgano de contratación que los citados criterios de adjudicación no constituyen mejoras al no tratarse de prestaciones adicionales y distintas a las de los pliegos, toda vez que se establecen como prestaciones básicas en la cláusula 3 del PPT. Además, sostiene dicho órgano que en tales criterios no se parte de un valor indeterminado pues se ha facilitado, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, una estimación de las personas receptoras de la prestación, así como el número de servicios de peluquería y podología durante el año 2021.

Pues bien, lo primero que procede abordar es si los criterios de adjudicación en cuestión constituyen o no mejoras en el sentido definido en el artículo 145.7 de la LCSP, cuyo tenor es el 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 con arreglo a lo dispuesto en el precepto legal señalado:

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 efecto, el artículo 145.7 del texto legal contractual, 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.

En dicho sentido se ha pronunciado este Tribunal en sus Resoluciones 79/2020 y 106/2020, entre otras; compartiendo sobre tal cuestión el criterio sostenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 591/2019).

Se colige, pues, que las mejoras a que se refiere el artículo 145.7 del texto legal son prestaciones adicionales y distintas a las definidas en los pliegos de la contratación. Desde esta perspectiva, en el supuesto analizado nos encontramos con que dos de los criterios de adjudicación impugnados (arreglos y pequeñas reparaciones en el hogar y el servicio de comida a domicilio) se describen en la cláusula 3 del PPT como actuaciones básicas del contrato para la prestación del servicio de ayuda a domicilio, por lo que debe darse la razón al órgano de contratación cuando realiza tal afirmación, si bien solo respecto a los dos criterios de adjudicación citados.

Ahora bien, tratándose de prestaciones o requerimientos mínimos a cargo del contratista, no pueden constituir a la vez criterios de adjudicación. Solo podría ser criterio de adjudicación la mejora sobre el mínimo fijado en el pliego, pero no dicho mínimo. Así, en el presente caso, el servicio de comida y las pequeñas reparaciones domésticas aparecen en el PPT como prestaciones a cargo del contratista en toda su extensión, por lo que no es posible fijar como criterio de adjudicación porcentajes sobre la demanda del servicio; pues, paradójicamente, se estarían valorando (i) limitaciones en la prestación de los propios servicios contratados (si se ofertase el 50% o el 75% de la demanda) o (ii) el mero cumplimiento de una prestación a cargo del contratista (si se ofertase el 100% de la demanda).

Aclarado lo anterior, el resto de criterios impugnados (servicios de peluquería y barbería, de podología y fisioterapia a domicilio) no están incluidos entre las actuaciones básicas de la cláusula 3 del PPT. A lo sumo, los dos primeros podrían entenderse comprendidos de una manera tácita y en sentido amplio en "el aseo e higiene personales", pero ni siquiera podría forzarse una interpretación en tal sentido porque el objeto y prestaciones contractuales deben estar determinadas y definidas con precisión y este no sería el caso (artículo 99.1 DE LCSP). Así las cosas, hemos de concluir que aquellos servicios constituyen prestaciones adicionales y distintas a las definidas en el PPT, constituyendo mejoras en el sentido que describe el artículo 145.7 de la LCSP.

En este supuesto, el legislador es claro al disponer que las mejoras deben especificarse con precisión, indicando límites, requisitos, características y modalidades. Y lo cierto es que las tres mejoras en cuestión no están delimitadas ni concretadas porque se desconoce su alcance y entidad; y ello, no solo en el momento de presentación de las ofertas, sino incluso en el momento posterior de su propia valoración, pues la cuantificación última de la mejora se obtendrá a la finalización de la vigencia del contrato en función de la demanda que haya habido de cada servicio y el porcentaje sobre dicha demanda que haya ofertado cada licitador.

En este punto, hemos de citar nuestra reciente Resolución 300/2022, de 3 de junio, en la que abordamos un caso similar al aquí analizado, concluyendo que *«procede estimar el motivo y anular el criterio de adjudicación impugnado por falta de concreción y precisión en la redacción, al no haberse fijado límites adecuados para su*

*valoración y ponderación; toda vez que se deja la concreción de la cuantificación de los servicios, ni siquiera a la fase de valoración de las proposiciones, sino a la de ejecución del contrato en función de la demanda de servicios que pueda generarse a lo largo de la vida del contrato, con toda la repercusión que ello pueda provocar en orden a los costes de ejecución de contrato.*
*Se ha vulnerado, pues, el artículo 145 de la LCSP en cuanto a los requisitos y límites de los criterios de adjudicación».*

No puede acogerse, pues, el argumento del órgano de contratación de que los criterios se han definido con el suficiente nivel de concreción para permitir a los licitadores conocer de antemano las reglas que rigen la valoración de las ofertas. A tal efecto, no puede considerarse que la concreción en las mejoras analizadas se consigue a través de la estimación de personas receptoras de la prestación en ejercicios anteriores o del número de servicios realizados en el año 2021. Estos datos pueden servir de indicadores para determinar el presupuesto de licitación o valor estimado del contrato y el alcance de las prestaciones contractuales, pero no son límites o requisitos de las mejoras en el sentido del artículo 145.7 de la LCSP porque no son intrínsecos a las mismas y no dejan de ser estimaciones o aproximaciones cuya concreción definitiva no se conocerá hasta la finalización de la ejecución del contrato.

Desde esta perspectiva, los tres criterios analizados vulneran lo dispuesto en el citado precepto legal, al constituir mejoras no suficientemente especificadas; y si bien ello no aboca a discrecionalidad alguna en la valoración de las proposiciones porque la puntuación se asigna en función del porcentaje ofertado de atención a la demanda, lo cierto es que los licitadores desconocen, a la hora de preparar sus ofertas, el límite cuantitativo real de los servicios de peluquería, barbería, podología y fisioterapia domiciliaria a que se están comprometiendo pues ello dependerá de la demanda posterior que se vaya generando durante la vigencia del contrato.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser estimado, acordando la anulación de los criterios de adjudicación impugnados y del propio PCAP, incluidos los demás actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

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

**ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio para la realización de actividades domésticas y de atención personal destinada a personas en situación de dependencia en el término municipal de Los Barrios”, promovido por el Ayuntamiento de Los Barrios (Cádiz)(Expte. 63/2021); y en consecuencia, anular dicho acto así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

**SEGUNDO.** De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 10 de junio 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.