

**Recurso 531/2022**

**Resolución 3/2023**

**Sección tercera**

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

Sevilla, 13 de enero de 2023.

**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 procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de Ayuda a Domicilio, tanto el derivado del Sistema Andaluz de Atención a la Dependencia como del Plan Concertado, en el término municipal de El Ejido (Almería)” (Expte. 2022 325), promovido por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 5 de diciembre de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con esa misma fecha los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del perfil de contratante. El citado anuncio de licitación fue remitido para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 2 de diciembre de 2022. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 17.208.009,24 de euros.

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

**SEGUNDO.** El 21 de diciembre de 2022, la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE o la recurrente en adelante), presentó en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato. Además la recurrente solicita en su escrito la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

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

Con fecha 4 de enero de 2023, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la asociación recurrente, suspendiendo igualmente el plazo de presentación de ofertas.

No ha sido necesario realizar trámite de alegaciones dado que el órgano de contratación ha aportado certificado en el que se pone de manifiesto la no presentación de ofertas.



## 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 El Ejido (Almería) 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.**

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. Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.»*.

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, 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.»*.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 83/2017, 2 de mayo y 214/2017, de 23 de octubre, en la que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente.

En el presente asunto, el escrito de recurso se interpone contra el PCAP que rige la presente licitación y ello por entender que existe una falta de definición y concreción en la redacción dada a uno de los criterios de adjudicación de ponderación objetiva, 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 (en adelante PCAP) que rige 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.**

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 examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal el 21 de diciembre de 2022 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 la cláusula 12, en la que se establecen los criterios de adjudicación del contrato, y en concreto en el apartado B) denominada criterios objetivos, que regula un criterio de adjudicación mediante el que se valora la oferta de una bolsa de horas a libre disposición del Ayuntamiento.

La referida cláusula tuvo una primera formulación con la siguiente redacción:

*“Se ponderará de 0 a 5 puntos, la oferta de bolsa de horas de libre disposición, según la siguiente fórmula:*

$$\text{Puntos adjudicados} = 5 \times \left( \frac{\text{Mejor precio ofertado}}{\text{Precio de la oferta analizada}} \right)$$

Con fecha 23 de diciembre de 2022 se publicó en el perfil de contratante nota aclaratoria del referido criterio de adjudicación, con la siguiente redacción:

*“Se ponderará de 0 a 5 puntos, la oferta de bolsa de horas de libre disposición, según la siguiente fórmula:*



$$\text{Puntos adjudicados} = 5 \times \left( \frac{\text{Ofi}}{\text{Ofm}} \right)$$

*Ofi = Oferta a Valorar*

*Ofm = Oferta con mayor número de horas”.*

Pues bien aunque a la fecha de la interposición del presente recurso no se había publicado la referida corrección de errores, la misma en nada modifica el fondo de la controversia que el recurso plantea cuyos argumentos mantienen plena validez tras la publicación de la corrección por el órgano de contratación.

#### 1. Alegaciones de la recurrente.

Afirma que el criterio de adjudicación anteriormente expuesto no es ajustado a derecho. Argumenta al efecto que la fórmula contenida en la citada cláusula 12 del PCAP no tiene tasado un límite adecuado para la obtención de la máxima puntuación lo cual a juicio de la recurrente genera una situación de incertidumbre para los posibles licitadores. Manifiesta que toda regla de adjudicación debe ser publicada y conocida por los licitadores con carácter previo para que puedan presentar las ofertas sabiendo cuáles son los parámetros de valoración y cuál es el límite de horas para la obtención de la máxima puntuación, lo contrario provoca a su entender, una situación de indefensión y por consiguiente una vulneración del contenido “*del artículo 145.5 de la LCSP, que prevé que los criterios de adjudicación deben ser formulados de una manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad*”.

En definitiva considera que no cabe la introducción en los pliegos de criterios no correctamente delimitados que generan obstáculos injustificados en la apertura de los contratos a la competencia, por ello solicita la anulación del mismo.

#### 2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación, se opone a las pretensiones de la recurrente argumentando que el criterio de adjudicación, objeto de recurso, no contiene ninguna discrecionalidad, ni genera ninguna situación de incertidumbre a los posibles licitadores. Esgrime al efecto que: “*Este criterio con la fórmula de valoración correcta y publicada en la subsanación no genera ninguna situación de incertidumbre a los posibles licitadores, siendo un criterio puramente objetivo sin ninguna discrecionalidad. Así la propuesta que oferte una bolsa con el mayor número de horas de libre disposición obtendrá los cinco puntos y las restantes se puntuarán proporcionalmente. No es necesario para asegurar esta objetividad que se establezca un número máximo o mínimo de horas. Al igual que en el criterio A. Proposición Económica, cada empresa licitadora tiene que analizar hasta cuanto puede ofertar para que el futuro contrato sea económicamente viable*”.

#### **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 uno de los criterios de adjudicación de evaluación automática establecido en la cláusula 12 apartado B del PCAP, consistente en la oferta de una bolsa de horas gratuitas a la que se le asigna una puntuación máxima de 5 puntos mediante la aplicación de una fórmula, sin concretarse el número de horas necesarios para obtener la máxima



puntuación. La asociación recurrente reprocha que dicha indeterminación supone una vulneración de los requisitos exigibles a los criterios de adjudicación, previstos en el artículo 145.5 de la LCSP.

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.

En este sentido, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene sus límites en las exigencias derivadas del citado artículo 145 de la LCSP. Lo que persigue la LCSP es que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todas las licitadoras, y que se apliquen en pie de igualdad para todos estos, de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar los principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 85/2020, de 5 de marzo, Resolución 193/2022, de 18 de marzo, y Resolución 475/2022, de 23 de septiembre.

Por tanto se concluye que no cabe establecer criterios de adjudicación sin tope máximo que pueda dar lugar a ofertas desproporcionadas y que impida a los potenciales licitadores saber de qué manera pueden obtener la máxima puntuación en los criterios de adjudicación controvertidos. Además en el presente supuesto la falta de concreción del límite máximo de horas gratuitas, no queda compensado con el establecimiento de parámetros objetivos para la detección de ofertas anormales o desproporcionadas que pudieran salvar esta carencia para evitar como se ha indicado proposiciones descabelladas o irrealizables, a diferencia de otros supuestos analizados por el Tribunal en los que se ha entendido que la falta de los citados límites queda solventada por la aplicación de los parámetros para detectar ofertas anormales o desproporcionadas respecto de los criterios de adjudicación que adonecen de la citada falta de límites (v.g. Resoluciones de este Tribunal, 231/2020, de 2 de julio y 276/2022, de 20 mayo).

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser estimado, acordando la anulación de los criterios de adjudicación impugnados.

#### **SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.**

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en el fundamento de derecho sexto 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 dicho fundamento, 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 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 procedimiento de licitación del contrato denominado “Contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio, tanto el derivado del Sistema Andaluz de Atención a la Dependencia como del Plan Concertado, en el término municipal de El Ejido (Almería)” (Expte. 2022 325), promovido por el citado Ayuntamiento de El Ejido (Almería), y en consecuencia, anular dicho acto en el sentido expuesto en la presente resolución, 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 la medida cautelar de suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 4 de enero de 2023.

**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.

