Recurso 530/2022
Resolución 57/2023
Sección Primera

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

Sevilla, 27 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)** contra los pliegos que rigen el contrato denominado «Realización de las actuaciones básicas del Servicio de Ayuda a Domicilio en el ámbito de actuación de la Excma. Diputación Provincial de Málaga», convocado por la citada Diputación Provincial (Expte. Serv.-016/2022), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de noviembre 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. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Asimismo, el anuncio se publicó, el 28 de noviembre de 2022, en el Diario Oficial de la Unión Europea. El valor estimado del contrato asciende a 189.519.781,54 euros.

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

SEGUNDO. El 20 de diciembre de 2022, ASADE presentó en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la contratación referenciada.

La Secretaría de este Tribunal, mediante oficio de 22 de diciembre de 2022, dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución; que posteriormente ha sido recibida en este Tribunal.

El procedimiento de adjudicación se halla suspendido -incluido el plazo concedido para presentar ofertas- en virtud de resolución adoptada por este Tribunal el 16 de diciembre de 2022, a raíz de la medida cautelar instada por otra recurrente en su escrito de impugnación contra los mismos pliegos que ahora son impugnados y que ha sido tramitado en este Tribunal con el número 508/2022. Asimismo, el 20 de diciembre de 2023 se publicó la citada suspensión del procedimiento de adjudicación en el perfil de contratante.

No procede la práctica del trámite de alegaciones al recuso, al no haberse presentado oferta por ningún licitador interesado a la fecha en que se acordó la suspensión del plazo de presentación de proposiciones; constando así en la documentación facilitada por el órgano de contratación con ocasión del recurso 508/2022.

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.

En el supuesto examinado, la Diputación Provincial de Málaga es una entidad local andaluza que ha remitido a este Tribunal la documentación necesaria para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la 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, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. 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".

Sobre la legitimación activa de las asociaciones empresariales existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la cual se ha de entender 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.

En el supuesto analizado, la asociación empresarial recurrente impugna el PCAP que rige el contrato de servicios referenciado, por considerar, entre otros motivos, que no se ha respetado la previsión legal sobre la división del objeto del contrato en lotes, que no se han incluido determinados costes en el presupuesto base de licitación y que varios criterios de adjudicación vulneran lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP. Así pues, vista la controversia suscitada, parece evidente la incidencia que el acto impugnado puede tener en la esfera de los intereses representados y defendidos por ASADE conforme a sus estatutos, lo que determina su interés legítimo para la interposición del presente recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

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

CUARTO. Plazo de interposición.

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

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 25 de noviembre de 2022, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 20 de diciembre de 2022 en el registro de este Tribunal se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el motivo de insuficiencia del presupuesto base de licitación dada la omisión y no cuantificación de determinados costes del servicio.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

ASADE solicita la anulación de pliego impugnado y del procedimiento de adjudicación convocado a fin de que se adecúen a las exigencias legales. Funda esta pretensión en varios motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes:

En un primer motivo, esgrime que el informe de viabilidad económica publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público arroja un presupuesto base de licitación (PBL) insuficiente al haberse determinado erróneamente las siguientes partidas:

1) Costes salariales:
Alega que, conforme al artículo 100 de la LCSP, el PBL debe indicar los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, siendo pacífico en este caso que rige el VII Convenio Colectivo marco estatal de

servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la atención a la autonomía personal y, en lo que respecta a los salarios, las tablas salariales para 2.022 publicadas en el BOE de 14 de noviembre de 2.022.

Aduce que, en el informe de viabilidad, no se han considerado al calcular los costes salariales, los siguientes conceptos retributivos previstos en el convenio colectivo:

- Tiempos de desplazamiento entre usuarios (artículo 39.2 A) del Convenio): el informe de viabilidad, al considerar el número de horas necesarias de prestación del servicio, solo incluye las horas estimadas de asistencia a los usuarios, pero no las horas de desplazamiento entre usuarios.
- Días de libre disposición (artículo 53 del Convenio).
- Descansos retribuidos (artículo 39 del Convenio).
- Horas sindicales retribuidas (artículo 59 del Convenio).

Esto supone que, en la jornada anual máxima de 1.755 horas prevista en el Convenio, se incluyen no solo las horas de atención a los usuarios sino el resto de conceptos que aquel define como tiempo efectivo de trabajo y que la adjudicataria deberá abonar a las personas trabajadoras. Se trata de costes laborales que no pueden ser obviados, pero que no se han considerado al calcular el coste de la prestación. Esto implica que el número de horas de tiempo efectivo de trabajo, a efectos del Convenio, es muy superior al previsto al elaborar el PBL.

2) Gastos generales.

Señala que, conforme al artículo 101.2 de la LCSP, en el cálculo del valor estimado del contrato se tendrán en cuenta, además de otros costes, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Al respecto indica que el informe de viabilidad económica prevé que los gastos generales serán un 17% de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), si bien dicho porcentaje solo se ha aplicado sobre la partida de costes indirectos en lugar de hacerlo sobre la totalidad de costes del contrato. Tal error reduce al 0,15% el importe de los gastos generales, y si bien el artículo 131 del RGLCAP solo es aplicable al contrato de obras sin que exista norma específica en tal sentido para el contrato de servicios, aquel porcentaje de gastos generales debe considerarse sin duda insuficiente.

ASADE adjunta con su escrito de recurso cuadro justificativo de costes, a través del cual concluye que el precio/hora real del servicio ascendería a 18,84 euros (IVA excluido) -considerando la totalidad de costes no estimados por el órgano de contratación- y no a los 14,19 euros (IVA excluido) referidos en el informe de viabilidad. En definitiva, estima infringidos los artículos 100 y siguientes de la LCSP y los principios básicos de la contratación pública establecidos en el artículo 1 del citado texto legal, solicitando la anulación de las previsiones contenidas en el PCAP sobre el PBL.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

a) Para la redacción del informe de viabilidad económica se han consultado las siguientes fuentes:
- Consulta preliminar de mercado publicada el 13 de diciembre de 2021, a la que han respondido tres empresas del sector de ayuda a domicilio.
- Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (BOE núm. 299 de 15 de Diciembre de 2006).

- Orden de 28 de junio de 2017, por la que se modifica la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 124, de 30 de Junio de 2017).
- Reglamento del Servicio de Ayuda a Domicilio aprobado por la Diputación Provincial de Málaga por acuerdo de Pleno de fecha 3 de mayo de 2010, y publicado en el BOP de Málaga, nº114, de fecha 16 de junio de 2010.
- Convenio de Colaboración para el desarrollo de la ayuda a domicilio entre la Diputación Provincial de Málaga y la Administración autonómica suscrito el 3 de diciembre de 2.007, su Adenda de 18 de noviembre de 2010 y que fue renovado con fecha 18 de diciembre de 2019, mediante Decreto de Presidencia 3546/2019.
- Resolución de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se revisa el coste/hora máximo del Servicio de Ayuda a Domicilio en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA número 42 de 4 de marzo de 2021 por la que se establece un precio/hora máximo de 14,60 euros (IVA incluido).
- Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 1 de Julio de 2022 y Memoria complementaria sobre el Proyecto de Orden por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 27 de Mayo de 2022, emitida por la Secretaría General de Políticas Sociales, Voluntariado y Conciliación de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.
- VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal" (BOE 229 de 21 de Septiembre de 2018).
- Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30 de Diciembre de 2021).
- Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales de 28 de Junio de 2022.
- La experiencia adquirida en años anteriores donde se llegaron a atender a 5.100 dependientes de toda la provincia, y donde se llegó a constatar que tanto el personal necesario como los costes adicionales considerados permitían supervisar y controlar el desarrollo del servicio de ayuda a domicilio.

b) Actualmente, el servicio de ayuda a domicilio de la Diputación Provincial de Málaga se viene prestando por una única empresa con un coste hora idéntico al máximo establecido por la Junta de Andalucía (14,60 euros, IVA incluido) mediante Resolución, de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se revisa el coste/hora máximo del Servicio de Ayuda a Domicilio en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

c) En cuanto a la determinación del precio elegida, conforme a diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la determinación del precio del contrato queda amparada por el principio de discrecionalidad técnica, gozando de presunción de acierto salvo prueba suficiente que acredite un manifiesto error.

d) Se ha de atender a lo dispuesto en la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía -modificada por las Órdenes de 10 de noviembre de 2010 y de 28 de junio de 2017-. Según dispone la Disposición adicional primera de la citada Orden del año 2017, a los efectos de financiación del Servicio de Ayuda a Domicilio prestado a las personas que lo tengan reconocido en la resolución aprobatoria del Programa Individual de Atención, el coste/hora máximo del mismo queda fijado en 13 euros, importe modificado por Resolución de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se revisa el coste/hora máximo del Servicio de Ayuda a Domicilio en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía,

que acuerda *"(…) Fijar el coste/hora máximo del servicio de ayuda a domicilio, prestado en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en 14,60 euros".*

e) Una vez concretado el marco normativo, en la fijación del precio del contrato se ha atendido al convenio de colaboración suscrito entre la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y la Diputación Provincial de Málaga el 3 de diciembre de 2007 y su Adenda de 18 de noviembre de 2010, que fue renovado el 18 de diciembre de 2019, proponiéndose el número de usuarios y las horas a prestar en base a una estimación realizada el 13 de noviembre de 2022 que recogía una media de horas mensuales de 206.109,09 y un total de horas anuales de 2.473.309,08, siendo el coste hora del servicio de 14,60 euros (4% de IVA incluido) conforme tiene establecido nuestra Comunidad Autónoma y ligeramente superior el propuesto en el informe económico emitido (14,76 euros, IVA incluido). Por tanto, el precio señalado en el PCAP es conforme e incluso algo superior al precio que la Junta de Andalucía tiene actualmente establecido y financia para el servicio de ayuda a domicilio.

Finalmente, en apoyo de sus argumentos, el órgano de contratación cita varias resoluciones de este Tribunal donde se argumenta que no queda acreditado por la entidad recurrente que el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, en el momento de su elaboración, no sean adecuados a los precios de mercado.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

a) En lo que se refiere a los costes salariales, es un dato no controvertido que rige en la licitación el VII convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE núm. 229 de 21 de septiembre de 2018). Asimismo, son de aplicación, entre otras disposiciones, la Orden de 28 de junio de 2017, por la que se modifica la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 124, de 30 de Junio de 2017) y la Resolución, de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se revisa el coste/hora máximo del Servicio de Ayuda a Domicilio en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA Número 42 de 4 de marzo de 2021) por la que se establece un precio/hora máximo del servicio de ayuda a domicilio de 14,60 euros.

En el recurso no se discute directamente el coste hora máximo del servicio establecido en las disposiciones autonómicas. Es decir, la controversia suscitada no afecta *strictu sensu* a dicho importe. Lo que se impugna es que, en el informe de viabilidad obrante en el expediente de contratación, la determinación del presupuesto y valor estimado del contrato se haya efectuado atendiendo al número de horas estimadas de asistencia a los usuarios, sin incluir conceptos temporales que el convenio colectivo define como tiempo efectivo de trabajo (tiempos de desplazamiento entre usuarios, días de libre disposición, descansos retribuidos y horas sindicales retribuidas). En efecto, si atendemos al informe de viabilidad económica obrante en el expediente administrativo (páginas 160, 162 y 163), para la determinación del presupuesto máximo y valor estimado del contrato se han tenido en cuenta los datos estimados para el ejercicio 2022 calculados en base a los de 2021 respecto a horas prestadas en el servicio de ayuda a domicilio. Así, en la página 163 se concluye que *«En base a los importes de la tabla anterior, se considera para el cálculo del valor estimado un número total de horas de 2.473.309,08 horas anuales y 206.109,09 horas mensuales».*

Pues bien, para la fijación de los costes laborales del servicio licitado, teniendo en cuenta que en el mismo es relevante la mano de obra, ha de atenderse a lo señalado en los convenios colectivos de aplicación, por disponerlo así los artículos 100 y 101 de la LCSP. Así, en el supuesto analizado, no siendo objeto de discusión que el convenio colectivo que rige es el VII convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, ha de estarse a lo previsto en su artículo 39.1 que dispone: *«Se establece una jornada máxima anual de 1.792 horas de trabajo efectivo, ya sea en turno partido o continuo, a excepción del servicio de ayuda a domicilio, cuya jornada máxima será de 1.755 horas»,* previendo el apartado 2 de dicho artículo que *«Tendrán la consideración de trabajo efectivo tanto las horas que se dediquen a la asistencia en el domicilio de la persona usuaria como las empleadas en desplazamientos entre servicios realizados consecutivamente, así como las que se dediquen a funciones de coordinación y control»*.

Por tanto, de partida, nos encontramos con que, por aplicación del convenio colectivo, las horas de desplazamiento entre servicios realizados de modo consecutivo se consideran tiempo de trabajo efectivo, pero dichas horas no parecen haberse contemplado para la fijación del presupuesto y valor estimado del contrato. Prueba de lo anterior, aparte de lo ya indicado sobre el cálculo del presupuesto en función de las horas prestadas de servicio de ayuda a domicilio, es que en los costes laborales indicados en el informe de viabilidad económica no aparecen reflejados estas horas efectivas de trabajo como consecuencia de los desplazamientos consecutivos entre servicios, pues el concepto "gastos de desplazamiento" que aparece en los costes directos no salariales no engloba el tiempo de desplazamiento como tiempo efectivo de trabajo, siendo ambos conceptos diferentes.

Asimismo, la recurrente denuncia que, en el informe de viabilidad y a efectos de cálculo del presupuesto base de licitación, tampoco se han tenido en cuenta otros conceptos previstos en el convenio colectivo como los días de libre disposición (artículo 53), los descansos retribuidos (artículo 39) y las horas sindicales retribuidas (artículo 59).

Al respecto, el artículo 39 del convenio, en lo que aquí interesa, dispone que *«siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, se establecerá un periodo de descanso durante la misma de 15 minutos de duración, que tendrán la consideración de tiempo efectivo de trabajo a todos los efectos».* Asimismo, el artículo 53 prevé, tras el cumplimiento de ciertos requisitos, el disfrute de cuatro días de libre disposición que se consideran, a todos los efectos, como efectivamente trabajados y el artículo 59 contempla un crédito de horas mensuales retribuidas para los representantes del personal. Resulta claro, pues, que los 15 minutos de descanso en jornadas diarias continuadas de más de 6 horas se consideran en todo caso tiempo efectivo de trabajo y que los días de libre disposición, cuando se cumplan los requisitos fijados para su disfrute, también computan como efectivamente trabajados; si bien ninguno de tales conceptos parece haberse tenido en cuenta para la determinación del presupuesto base de licitación, pues no hay ningún dato en el informe de viabilidad que permita constatar que los mismos se han contemplado.

Por último, las horas mensuales para el ejercicio de funciones de representación por parte del personal que ejerza las mismas deben estar retribuidas (artículo 59 del convenio), suponiendo también un coste para el empresario en el caso de que alguno de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato disponga de dicho crédito horario.

En definitiva, tales conceptos no son discutibles en cuanto a su retribución porque los contempla el convenio colectivo de aplicación, de modo que constituyen un coste laboral que no parece haberse tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto.

b) En lo que se refiere a los gastos generales, los mismos se han contemplado en la elaboración del presupuesto y valor estimado del contrato tal y como prevé el artículo 101.2 de la LCSP. Al respecto, en el informe de viabilidad económica (página 175 del expediente de contratación) se indica: *«Gastos generales: se establece en un 17% de acuerdo al artículo 131 del RGLCAP (...)»*, si bien la recurrente señala que dicho porcentaje solo se ha aplicado sobre la partida de costes indirectos en lugar de hacerlo sobre la totalidad de costes del contrato y que tal error reduce al 0,15% el importe de los gastos generales.

Pues bien, aunque el artículo 131 del RGLCAP señala que los gastos generales de estructura para el contrato de obras pueden oscilar entre el 13 y el 17 por 100 sobre el presupuesto de ejecución material y en el supuesto analizado tales porcentajes no son de aplicación obligatoria porque estamos en presencia de un contrato de servicios, lo cierto es que dicho porcentaje sí ha de recaer en todo caso sobre el presupuesto de ejecución material del contrato que incluye costes directos e indirectos. En el supuesto analizado, el órgano de contratación ha estimado voluntariamente un porcentaje del 17% en concepto de gastos generales, fijando estos en una cuantía de 51.717,40 euros. Ahora bien, este importe constituye el 17% del total de costes indirectos que ascienden a una cuantía de 304.220 euros, lo que implica que se han excluido del cómputo los costes directos que también deberían haberse considerado en la base de cálculo. No puede, pues, el órgano de contratación indicar que los citados gastos generales son de un 17% conforme al artículo 131 del RGLCAP, porque la base sobre la que se ha calculado el porcentaje es mucho menor al no haber incluido los costes directos del contrato.

Ahora bien, aunque asiste razón a la recurrente en cuanto (i) a que, en la fijación del PBL y valor estimado, no se han computado determinados conceptos que tienen la consideración de tiempo efectivo de trabajo en el convenio colectivo de aplicación y (ii) a que, pese a indicarse en el informe de viabilidad que los gastos generales son de un 17% conforme al RGLCAP, en su cuantificación no se han tenido en cuenta los costes directos; el cuadro de costes que aporta ASADE para acreditar la insuficiencia del presupuesto y concluir que el coste/hora real del servicio asciende a 18,84 euros, IVA excluido, tampoco está suficientemente explicado ni justificado, por lo que dicho coste no puede acogerse sin más en la cuantía que sostiene el recurso y ello, aun cuando el órgano de contratación tampoco combate directamente el cálculo que se realiza en el recurso.

En consecuencia, el motivo debe estimarse pero solo a los efectos de que el órgano de contratación, en la documentación preparatoria de los nuevos pliegos que en su caso apruebe, incluya en el presupuesto y valor estimado, de un lado, los cálculos correspondientes a aquellos conceptos que el convenio colectivo contempla como tiempo de trabajo efectivo; y de otro, los gastos generales en el porcentaje que estime sobre el presupuesto de ejecución material que incluye tanto costes directos como indirectos.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la indeterminación del criterio «Bolsa de horas» con vulneración del artículo 145 de la LCSP.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

ASADE señala que el apartado 2.2.2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT describe todas las actuaciones de obligado cumplimiento a realizar por el personal en la ejecución del contrato, por lo que no se alcanza a comprender cómo puede operar la bolsa de horas como criterio de adjudicación para realizar trabajos que, en todo caso, vendrá obligada a realizar la adjudicataria con independencia del número horas que oferte, o incluso aun cuando no ofertase ninguna hora en este criterio.

Alega que tal circunstancia ha sido puesta de manifiesto por el propio Secretario de la Diputación Provincial de Málaga en su informe a los pliegos cuando señala que «*(…). El criterio de adjudicación se refiere o entronca con una parte de las prestaciones del servicio de ayuda a domicilio que exigen los pliegos como obligatorio -las actuaciones de atención personal (cláusula 2.2.1.1 del PPT) relacionadas con la movilidad y la promoción de la autonomía personal- por lo que, tal y como se encuentra configurado el criterio y las prestaciones en el PPT (que no fija mínimo obligatorio alguno para el refuerzo de esas prestaciones), no es posible establecerse como criterio de adjudicación pues no puede quedar en manos del contratista el cumplimiento de tales prestaciones obligatorias en función de que lo hubiere ofertado o no. (…). Al ser una prestación obligatoria en toda su extensión (según el propio PPT que no establece un mínimo obligatorio), no es posible fijar como criterio de adjudicación susceptible de valoración el mero cumplimiento de una prestación que es obligatoria(...)».*

Por lo tanto, concluye que un mayor número de bolsa horas no contribuiría a la mejora de la calidad del servicio, incumpliéndose lo previsto en el artículo 145.1 de la LCSP, citando en apoyo de este argumento, entre otras, las Resolución 151/2016 de este Tribunal.

Asimismo, ASADE argumenta que el criterio de adjudicación carece de límites sin que exista en el PCAP ningún mecanismo que permita excluir las proposiciones que oferten un número de horas absolutamente desorbitado e irrealizable, citando en apoyo de esta alegación la Resolución 475/2022 de este Tribunal y el propio informe de los pliegos emitido por la Secretaría de la Diputación del cual transcribe lo siguiente: *«(…). En consecuencia, si bien es cierto que no es preceptiva la fijación en los pliegos de límites cuantitativos para su valoración, no lo es menos que los tribunales administrativos advierten -como se ha expuesto- de que esa indeterminación, en tanto que puede afectar a la proporcionalidad de las ofertas, pone en riesgo la competencia de los licitadores, lo cual debe ser compensado mediante el establecimiento de previsión de parámetros de anormalidad en las proposiciones que actúen como límites. Debería valorarse esta observación y plasmarse en la justificación pues existen pronunciamientos de tribunales administrativos que anulan por los pliegos por omitir el establecimiento de algún tipo de límite (…)»*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo del recurso invocando alguna resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en cuanto a que las bolsas de horas adicionales no constituyen mejoras en el sentido del artículo 145.7 de la LCSP, ni le es aplicable el requisito sobre el establecimiento de límites. Asimismo, señala que el Anexo 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece un procedimiento para determinar cuando una oferta debe considerarse incursa en presunción de anormalidad y el apartado 2.2.2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) prevé el destino de dicha bolsa de horas.

Cita en el informe al recurso la Resolución 201/2022 del TACRC en la que se indica que en una licitación donde los costes de personal son determinantes a la hora de fijar el presupuesto de licitación, la oferta de un número desproporcionado de horas determinará que la proposición incurra en presunción de anormalidad. Y concluye que el umbral de temeridad en la presente licitación se ha fijado en un coste hora idéntico al máximo establecido por la Junta de Andalucía (14,60 euros), pudiendo rechazarse cualquier oferta si se comprueba que es anormalmente baja.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Para ello hemos de partir de la redacción que el criterio de adjudicación de evaluación automática, objeto de controversia, tiene en el Anexo 8.1 del PCAP. El

criterio se denomina *«Bolsa de horas anual de personal de refuerzo sin coste adicional»* y está ponderado con un máximo de 35 puntos, teniendo la siguiente redacción:

«Se valorará con un máximo de 35 puntos el aumento del número de horas a emplear en trabajos excepcionales o de refuerzo, según se describe en el apartado 2.2.2 del PPT. No se admitirán fracciones inferiores a la hora.

La puntuación del presente apartado se atribuirá mediante la aplicación de la siguiente fórmula:
PAo= Pm (Ao/Amax)
Donde: PAo es la puntuación de la ampliación de la oferta a valorar.
Pm es la puntuación máxima del apartado.
Ao es la ampliación de la oferta a valorar.
Amax es la ampliación máxima ofertada».

La controversia surge porque la recurrente sostiene que la oferta de un mayor número de horas no contribuirá a la mejora en la calidad del servicio ya que las actuaciones descritas en el apartado 2.2.2 del PPT son de obligado cumplimiento. Asimismo, aduce que el criterio de adjudicación carece de límites sin que exista en el PCAP ningún mecanismo que permita excluir las proposiciones que oferten un número de horas absolutamente desorbitado e irrealizable. Frente a tales argumentos opone, en síntesis, el órgano de contratación que la bolsa de horas adicionales no constituye una mejora en el sentido del artículo 145.7 de la LCSP, ni le resulta aplicable el requisito sobre el establecimiento de límites. Asimismo, señala que el Anexo 8.2 del PCAP establece un procedimiento para determinar cuando una oferta debe considerarse incursa en presunción de anormalidad y el apartado 2.2.2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) prevé el destino de dicha bolsa de horas.

Pues bien, este Tribunal tiene asentada una doctrina reiterada a propósito de criterios de adjudicación donde la falta de límites puede abocar a la realización de ofertas desproporcionadas e inviables. Cabe citar, entre otras muchas, las Resoluciones 231/2020, 276/2022 y 475/2022. La primera de ellas señalaba lo siguiente:

> *«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».

Y en la Resolución 475/2022 indicábamos, a propósito de la impugnación de criterios de adjudicación relativos a bolsa de horas en el PCAP rector de un contrato de servicios de ayuda a domicilio, que:

«(…) 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 la 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, con independencia de la calificación de los controvertidos criterios, como mejoras o no, la indeterminación de los requisitos, límites, modalidades y características de los aspectos a ofertar, en la que incurren los dos criterios objeto de recurso, sería contraria al principio de igualdad de trato, libre concurrencia, y transparencia».

Pues bien, en el supuesto aquí examinado, aun admitiendo que no estemos ante una mejora en sentido estricto a la que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 145.7 de la LCSP respecto a los límites en su configuración, al tratarse de un criterio de adjudicación debe cumplir en todo caso los requisitos previstos para estos en el artículo 145.5 de la LCSP y respetar los principios de igualdad, objetividad y proporcionalidad.

No obstante, lo primero que se observa es que el criterio impugnado valora la oferta de horas adicionales en trabajos excepcionales o de refuerzo, cuando esta eventualidad ha de estar cubierta con los mínimos previstos en el pliego, toda vez que la atención a situaciones de esta naturaleza no puede depender de que la entidad adjudicataria haya ofertado o no un número adicional de horas. Desde esta perspectiva, el criterio no contempla ninguna mejora en sentido estricto pues ha de ser una obligación inherente al contrato prestar la atención que, en cada caso, demanden los usuarios del servicio.

Asimismo, se observa que el pliego no ha establecido límites en la configuración del criterio, ni en forma de tope máximo de horas a ofertar, ni en forma de umbrales de anormalidad -toda vez que los parámetros de PCAP para la determinación de ofertas incursas en presunción de anormalidad no se establecen específicamente respecto a este criterio de adjudicación-. Así las cosas, el criterio impugnado puede propiciar ofertas ofertas descabelladas e irrealizables, vulnerando lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LCSP.

Debe, pues, estimarse el motivo y anularse el criterio de adjudicación examinado.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la desproporción en la puntuación máxima establecida para el criterio «Bolsa de horas».

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

ASADE denuncia que el citado criterio es el más valorado de todos con una puntuación máxima de 35 puntos y que, como el resto de criterios se encuentran acotados, la adjudicación se va a decidir a favor de la empresa que oferte un mayor número de bolsa de horas para trabajos excepcionales y de refuerzo. Y concluye que *«este CRITERIO no influye en nada en la forma y calidad en que se va a prestar el objeto principal del servicio, sino que se refiere a prestaciones adicionales "excepcionales". Es por ello por lo que, desde luego, resulta absolutamente desproporcionado e injustificado hacer depender el resultado de la licitación a un CRITERIO que atañe únicamente*

a una parte que además de meramente accesoria, podría ser testimonial de lo que es el objeto esencial de la prestación del servicio».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos de ASADE esgrimiendo, en síntesis, que el destino de la bolsa de horas es la realización de actividades con las personas usuarias del servicio que estén dirigidas a fomentar su participación en la comunidad y en actividades de ocio y tiempo libre, así como la atención de situaciones en que se recomiende el refuerzo por las características del usuario o la vivienda (por ejemplo, que la persona usuaria tenga sobrepeso o que se encuentre en un estado de agitación en el que sea difícil su atención por una sola persona).

Y añade que *«No cabe duda que la intención del órgano de contratación es la de prestar el servicio no solo de manera eficiente sino primando con este criterio la calidad en la atención a los dependientes mediante el refuerzo, no sólo de la atención domiciliaria en horas dedicadas a tareas domésticas sino a la mejora de su calidad de vida»,* dedicando gran parte de sus alegaciones frente a este motivo del recurso a sostener la importancia que el legislador europeo y nacional confiere a los criterios de adjudicación de carácter social.

3. Consideraciones del Tribunal.

El motivo expuesto se dirige contra el mismo criterio de adjudicación que ya ha sido objeto de anulación en el fundamento de derecho anterior. La recurrente argumenta que también existe desproporción en su puntuación (hasta un máximo de 35 puntos sobre 100), siendo un criterio decisivo en la adjudicación del contrato.

Al respecto, hemos de indicar que esta alegación debe ponerse necesariamente en relación con la anterior sobre la falta de límites en la configuración del criterio. El hecho de que un criterio esté ponderado con un máximo de 35 puntos no es un dato indicativo por sí solo de su ilegalidad. Lo es cuando, además de su alta ponderación, la configuración del criterio en sí vulnera lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LCSP como acontece en el supuesto examinado donde, a la falta de límite en la oferta de horas adicionales, se une la elevada puntuación del criterio con el riesgo de realización de ofertas poco cabales e irrealizables que persigan como única finalidad la obtención de la máxima puntuación para de ese modo situarse con gran ventaja en orden a la adjudicación del contrato.

El argumento del órgano de contratación frente a este motivo no puede acogerse, puesto que ni combate la desproporción denunciada en la ponderación del criterio impugnado, ni estamos tampoco en presencia de un criterio social de adjudicación *strictu sensu* como parece sostener en su informe al recurso.

Desde la perspectiva expuesta, el motivo debe ser igualmente estimado.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la vulneración del artículo 145 de la LCSP por el criterio de adjudicación relativo a la contratación de personal con experiencia previa acreditada de tres años.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

ASADE denuncia que el criterio expuesto vulnera el artículo 145 de la LCSP por las siguientes razones:

a) La experiencia requerida para la contratación de nuevo personal no supone una mejora en la prestación del servicio:

La recurrente señala que el artículo 145 de la LCSP prevé como criterio de adjudicación la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución. Alega que este criterio, conforme a la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, se viene admitiendo para los casos de acometimiento de tareas de cierta complejidad técnica en las que la mayor experiencia del personal encargado de la ejecución puede incidir en la mejor calidad de los trabajos; lo que no acontece en la contratación analizada donde el personal de ayuda a domicilio, teniendo una encomiable labor, realiza tareas que no requieren una especial formación ni experiencia.

Concluye, pues, que la contratación de auxiliares con experiencia de 3 años no va a incidir en una mayor calidad en la prestación del servicio, sin que tampoco el órgano de contratación haya justificado mínimamente que la experiencia requerida vaya a tener un impacto significativo en la ejecución del servicio. En apoyo de tales argumentaciones, cita varias resoluciones de Órganos de resolución de recursos contractuales, incluido este Tribunal (Resolución 531/2021) y una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 2020.

b) La contratación de 150 nuevos auxiliares no supone una mejora en la prestación del servicio.

ASADE aduce que, con independencia de la experiencia, la contratación de este personal resulta completamente innecesarias para la prestación del servicio y no suponen en absoluto una mejora; siendo así que tal circunstancia ya fue apreciada por la Intervención General de la propia Diputación Provincial de Málaga en su informe a los pliegos. Y concluye que el criterio podría conllevar un detrimento del servicio *«pues los licitadores podrían verse incitados a ofertar el número máximo de nuevas contrataciones (150 nuevos auxiliares) pese a saber que no es necesario tal número de nuevas empleadas para la correcta prestación del servicio (menos aún en el plazo de 10 naturales desde la formalización del contrato); para después, tener que despedir al número equivalente de personas trabajadoras subrogadas que actualmente prestan el servicio. Esto, además de ser contrario a la finalidad social y de estabilidad laboral que parecen propugnar los PLIEGOS, supondría cambiar a los usuarios a su auxiliar habitual lo que según la experiencia no suele ser bien acogido y desde luego no implica una mayor calidad en la atención a los usuarios, sino todo lo contrario».*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo del recurso expuesto alegando, en síntesis, que valorar la experiencia de los trabajadores encargados de prestar el servicio no solo implica una participación efectiva en la ejecución del contrato, sino también que la calidad del personal empleado va a afectar de manera directa a la calidad en la ejecución. Concluye, pues, que se entiende acreditada la relevancia y afección significativa que la experiencia tiene en la mejor prestación del servicio a contratar.

Asimismo, añade que se ha tomado como ejemplo o parámetro la experiencia que se exigió en la Orden de 21 de marzo de 2012, por la que se modificaba la de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a las auxiliares de ayuda a domicilio para poder disponer del Certificado de Profesionalidad de Atención Sociosanitaria a Personas en el Domicilio o equivalente expedido por el Servicio Andaluz de Empleo y, así, poder acreditar su cualificación profesional. Una de las opciones habilitadas consistía en la acreditación de tener experiencia laboral relacionada con sus competencias

funcionales, siempre que hubiera trabajado al menos 3 años realizando tareas relacionadas con esas competencias, con un mínimo de 2.000 horas trabajadas en total, en los últimos 10 años.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

El criterio impugnado está ponderado con un máximo de 15 puntos y tiene la siguiente redacción en el Anexo 8.1 del PCAP:

«En consideración a la experiencia en la atención a dependientes en las nuevas contrataciones del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo.

Por cada auxiliar de ayuda a domicilio de nueva contratación dedicado/a que tenga al menos 3 años de experiencia en la realización de actividades de atención a dependientes, con un mínimo de 2.000 horas trabajadas en los últimos 10 años: 0,10 puntos, hasta un máximo de 15 puntos.»

Asimismo, en el Informe de inicio obrante en el expediente se justifica la elección del criterio señalando lo siguiente:

«(…) El dato que deben completar los licitadores es el número de personas con experiencia que ofertan.

En relación a la experiencia profesional en la realización de actividades de atención a dependientes, y considerando como actividades de las mismas características aquellas incluidas dentro del Convenio Colectivo de aplicación, debemos hacer referencia a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (sin constreñir su aplicación a tipos concretos de contratos), y a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En el caso de la Directiva, su artículo 69, plasma esta idea como obligatoria e incluye entre los criterios de adjudicación "b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato." Esta es la misma redacción que se contiene en el artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, si bien en esta se hace referencia a una afectación significativa "a su mejor ejecución".

(...)

En este sentido, valorar como criterio de adjudicación que los perfiles profesionales de los trabajadores encargados del servicio de ayuda a domicilio tengan similar experiencia no sólo implica una participación efectiva en la ejecución del contrato sino, también, que la calidad del personal empleado va a afectar, de manera directa, a la calidad de la ejecución del contrato. Esta exigencia de una experiencia mínima no persigue limitar la concurrencia en los términos que prohíbe el artículo 1 de la LCPS, esto es con una finalidad excluyente, sino con la pretensión de garantizar la prestación del servicio con los profesionales más cualificados y, por lo tanto, estableciendo criterios de selección, en el ejercicio de la discrecionalidad técnica, en aras de garantizar que el servicio se preste por personal más cualificado.

En resumen, este criterio de adjudicación no sólo afecta al nivel de rendimiento del contrato por cuanto se valorará en atención a la antigüedad en la misma categoría profesional y/o los conocimientos específicos relevantes para la

prestación, sino que la calidad de su ejecución es directamente proporcional al nivel de conocimientos específicos relacionados con el objeto del contrato, basados en certificaciones administrativas, como las vidas laborales, totalmente objetivas que respetarán en todo momento el principio de no discriminación y, como consecuencia, afectará de manera positiva al valor económico de la oferta.

Dichas contrataciones, con duración, como mínimo, coincidente con la ejecución del servicio, deberán ser realizadas dentro de los diez días naturales siguientes a la formalización del contrato y aportarse en dicho plazo justificación de las contrataciones realizadas mediante contrato y alta en la Seguridad Social así como vida laboral concreta acreditativa de la experiencia en puestos similares, contratos de trabajo con la categoría profesional concreta, certificado de empresa en el que conste específicamente los períodos de trabajo y el número de horas prestadas de modo que se pueda relacionar el trabajo realizado con sus competencias funcionales. A efectos de computar las mismas dentro del criterio de adjudicación, la empresa deberá indicar en el Anexo correspondiente las contrataciones que proponga realizar».

La asociación recurrente denuncia, de un lado, que la experiencia requerida en el criterio no supone una mejora de las prestación en el sentido que propugna el artículo 145.2 de la LCSP *"La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución"*. Aduce que, el personal de ayuda a domicilio, teniendo una encomiable labor, realiza labores que no exigen una especial formación ni experiencia. Y de otro, aduce que esta nueva contratación de personal resulta innecesaria y no supone ninguna mejora incitando a los licitadores a ofertar el número máximo de nuevas contrataciones para después tener que despedir al número equivalente de personas trabajadoras subrogadas que prestan el servicio.

Pues bien, el motivo debe prosperar y ello por las siguientes razones:

1) El artículo 145.2 de la LCSP, cuando valora la cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, se refiere a la calidad del personal con que cuenta la empresa licitadora en el momento de presentar la oferta, cuya puesta a disposición del contrato puede afectar de manera significativa a su mejor ejecución. El criterio impugnado no responde, en puridad, al espíritu del precepto por cuanto lo que valora son las nuevas contrataciones de personal tras la adjudicación del contrato. En definitiva, el precepto valora la experiencia del personal con la que ya se cuenta y no la que vaya adquirirse en el futuro a través de nuevas contrataciones.

Así las cosas, toda la justificación esgrimida por el órgano de contratación en el Informe de inicio para fundamentar la experiencia requerida al personal de nueva contratación no responde a lo dispuesto en el artículo 145.2 de la LCSP.

2) Con independencia de lo anterior, el criterio resulta ciertamente desproporcionado pues se alcanzaría la máxima puntuación ofertando 150 trabajadores de nueva contratación con la experiencia indicada en el criterio impugnado. Es más, si no se ha exigido un mínimo de experiencia en el personal responsable de la ejecución (artículo 90.1 b) de la LCSP) como requisito de solvencia técnica -sede natural de esta exigencia-, no resulta adecuado hacerlo a través de la vía de los criterios de adjudicación.

3) Esta nueva contratación de personal no aparece realmente justificada en el expediente, pues este se centra en la experiencia requerida y no en el número de personas que pueden llegar a ofertarse a través del criterio. Hemos de partir del dato de que el buen fin del contrato no se puede hacer depender de un criterio de adjudicación, es

decir, de la oferta que puedan o no realizar los licitadores en el criterio enjuiciado. Así las cosas, los pliegos deben haber previsto las necesidades que tienen que cubrirse y los medios personales y materiales para ello y siendo ello así, no se entiende y tampoco se acredita en el expediente qué concretas mejoras ofrecen las nuevas contrataciones.

4) Este criterio, al igual que el anterior, puede propiciar que empresas de gran capacidad y solvencia puedan ofertar en este criterio con el único ánimo de obtener la mayor puntuación, en detrimento de las pequeñas y medianas, por lo que no favore el principio de igualdad de trato, sin que como contrapartida exista justificación razonable en el expediente que habilite la limitación de dicho principio que es piedra angular de la contratación del sector público.

Procede citar en este punto nuestra Resolución 230/2016, de 4 octubre, que anuló un criterio de adjudicación de un pliego regulador del servicio de transporte escolar en centros docentes públicos. El criterio valoraba hasta un máximo de 25 puntos la oferta de vehículos completos de mejora, fijándose la puntuación en función del número de vehículos completos, distintos al número mínimo indicado en el ANEXO I-A del pliego.

La resolución señalaba que, 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, esa libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del entonces vigente artículo 150.1 del TRLCSP, de que aquellos guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora. Al respecto, se citaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland) al afirmar que *"el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva(...)"*.

Sobre esta base, la citada resolución concluyó que el criterio impugnado no cumplía las exigencias antes expuestas pues, en sí mismo, no reportaba una ventaja directa al poder adjudicador traducida en una mejor prestación del servicio, y que si se consideraba suficiente la estimación de plazas y vehículos prevista en el pliego para la ejecución del contrato, la mejora consistente en uno o más vehículos no iba a suponer de partida un plus o ventaja adicional en la ejecución de la prestación, ni iba a cubrir de modo más satisfactorio las necesidades administrativas perseguidas por el órgano de contratación.

Asimismo, se indicaba que tampoco se encontraba en el pliego o en la documentación obrante en el expediente justificación alguna sobre la mejora discutida y que el criterio en cuestión suponía, además, que empresas con gran capacidad y solvencia pudieran realizar mejoras desproporcionadas con el único objetivo de obtener la máxima puntuación en el criterio, en detrimento o perjuicio de aquellas empresas pequeñas o medianas que, aun cuando dispongan de los medios suficientes para ejecutar el contrato, nunca podrían obtener la máxima puntuación.

Pues bien, la doctrina expuesta resulta de aplicación al presente supuesto, por lo que procede estimar el motivo y anular el criterio de adjudicación impugnado en cuanto infringe el principio de igualdad de trato, no resulta proporcionado al fin perseguido y atenta a la libre concurrencia, principios todos ellos consagrados en el artículo 1 de la LCSP y que todo criterio de adjudicación debe cumplir conforme a lo estipulado en el artículo 145.5 de la LCSP.

NOVENO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la fórmula prevista en el PCAP para determinar ofertas anormales.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

ASADE denuncia que la fórmula establecida en el PCAP para detectar ofertas anormales no permite determinar proposiciones que puedan ser claramente inviables por haber ofrecido un número de horas desorbitado en relación al criterio «bolsa de horas». Manifiesta que *«Tan es así que la fórmula establecida para detectar ofertas anormales en algunos casos arroja resultados de umbrales de temeridad por encima de la puntuación máxima posible (100 puntos), de forma que ninguna oferta sería considerada temeraria, incluso con proposiciones de horas inasumibles, tal y como se ve en el ejemplo siguiente. Donde, además, permite que ofertas claramente inviables (bolsa de 100.000 horas y precio ofertado 14,60 €), pasen el filtro de la temeridad sin necesidad de justificarse (...)» .*

Y añade que esta anomalía de la fórmula para identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad ha sido tácitamente admitida por el órgano de contratación en respuesta a la pregunta formulada por un licitador donde aquel indica *«En el caso en que existan 3 o más licitadores puede darse el caso en que el UMBRAL DE TEMERIDAD sea superior a la puntuación máxima en cuyo caso ninguna oferta estaría en TEMERIDAD (...)».*

Además, señala que la indeterminación en la fijación del criterio de adjudicación "bolsa de horas" impide a los licitadores conocer a partir de qué oferta de número de horas podrían incurrir en baja anormal, pudiendo darse la situación de que varios licitadores oferten un número de horas muy alto y no incurran en presunción de anormalidad, ni tengan que justificar la viabilidad de sus respectivas ofertas.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo, en síntesis, que en caso de que existan 3 o más licitadores puede darse el caso de que el umbral de anormalidad sea superior a la puntuación máxima en cuyo caso ninguna oferta estaría en temeridad. Y añade *« Es cierto y el procedimiento determina que para esas ofertas ninguna se encuentra en anormalidad. Ahora, respecto a su afirmación, una oferta no puede ser considerada temeraria por tener un valor en uno de los criterios que resulte excesivo respecto del resto de ofertas (por ejemplo el número de horas) ya que el expediente cuenta con una pluralidad de criterios y por tanto aplicando el art. 149.2b de la LCSP debemos analizar la oferta en su conjunto, no pudiendo determinar que una oferta sea anormal por tener un valor en uno de los criterios que sea desproporcionado con respecto al resto de* ofertas ya que al tener pluralidad de criterios la valoración se realiza teniendo en cuenta la oferta en su conjunto».

3. Consideraciones del Tribunal.

Para resolver la cuestión suscitada hemos de atender a la redacción que el Anexo 8.2 del PCAP da a los parámetros para identificar los casos en que una oferta se considera anormal, poniendo especial énfasis en los casos en que haya 3 o más licitadores que es donde las partes hacen hicapié.

Señala el citado Anexo, para el caso de tres o más licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, lo siguiente: *«Una licitación en la que se han admitido 3 o más licitadores tiene una mejor representación del mercado y por tanto podemos definir un estudio muy parecido al punto 3, pero en vez de partir desde el 100% de la puntuación, partiremos de la media, es decir, el umbral de temeridad se va a definir como la suma de la media de las puntuaciones obtenidas por las ofertas junto con la desviación media (...)».*

Pues bien, el artículo 149.2 de la LCSP 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».

En el supuesto enjuiciado, tratándose de tres o más licitadores, con la utilización de la fórmula prevista en el pliego puede darse el caso de que el umbral de anormalidad se sitúe por encima de 100 en cuyo caso no habrá ninguna proposición incursa en presunción de anormalidad aun cuando, como señala la recurrente, se hayan ofertado bolsas de horas desorbitadas en el criterio de adjudicación que antes hemos analizado. Lo expuesto es buena muestra de que el parámetro del PCAP no opera como límite al criterio en cuestión, conforme ya manifestamos al abordar el criterio de adjudicación relativo a bolsa de horas.

Asimismo, en lo que respecta al presente motivo de impugnación, hemos de dar la razón a la recurrente cuando manifiesta, tras los ejemplos utilizados en su escrito de recurso, que la fórmula establecida en el PCAP no sirve, en todo caso, para identificar ofertas que pudieran resultar inviables.

DÉCIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo relativo a la indeterminación del objeto del contrato en cuanto a las «ayudas técnicas e instrumentales» previstas en el apartado 3.10 del PPT, con infracción de los artículos 63.3 a) y b), 99.1 y 126.5 a) de la LCSP.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

ASADE denuncia que se incluye, como prescripción técnica de obligado cumplimiento, suministrar, trasladar y mantener una serie de medios técnicos que no vienen completamente definidos, aunque se indican algunos ejemplos y que no se encuentran limitados económicamente, aunque se incluya una simple “estimación” del coste anual de tales medios técnicos.

Considera que esta indefinición de los medios técnicos exigidos al contratista no es ajustada a la LCSP por las siguientes razones:

(i) La relación de medios técnicos contenida en el apartado no es un *númerus clausus*, pues se deja abierta la posibilidad de exigir otros medios técnicos no incluidos en dicho apartado que los licitadores no pueden conocer de antemano, quedando al arbitrio de la Administración, sin límites, lo que durante la ejecución del contrato se pudiera exigir al adjudicatario.

(ii) El importe anual que se fija es una mera estimación, pero no un límite, con lo que la Administración podría perfectamente, durante la vida del contrato, exigir al contratista medios técnicos por un importe muy superior, con lo que resulta imposible a los licitadores hacer sus ofertas con una información suficiente y las debidas

garantías. Concluye, pues, que el apartado 3.10 del PPT impide conocer el alcance real de las prestaciones incluidas en el objeto del contrato, imposibilitando a los licitadores el cálculo de los costes necesarios para hacer frente al contrato, sin que tampoco se prevea la posibilidad de incremento del precio en caso de que se exijan ayudas técnicas e instrumentales por importe superior al estimado.

Asimismo, manifiesta que es criterio de adjudicación la reducción del plazo de entrega de las ayudas técnicas e instrumentales; y difícilmente se puede ofertar en este criterio cuando ni tan siquiera están perfectamente definidos los medios técnicos que se pueden exigir ni su importe.

Cita en apoyo de estos argumentos las Resoluciones de este Tribunal 346/2015, 73/2019, 122/2019, 266/2020 y 193/2022.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al motivo señalando que *«Siendo la entidad recurrente una Asociación que integra a Entidades de Servicios de Atención Domiciliaria, entenderá que, además de lo previsto en el Pliego, no pueda concretarse de manera definitiva los medios técnicos e instrumentales a requerir en los dos años de vigencia del contrato que se desglosan en el PPT ya que es del todo imposible adivinar las necesidades de los usuarios del Servicio de Ayuda a Domicilio con la antelación que pretende.*

Es por ello que tanto en el PPT como en el informe de viabilidad económica se ha previsto que el importe de dichas ayudas ascienda a un total de 8.000,00 euros sin que, en ningún documento del expediente administrativo se prevea solicitar un importe mayor al previsto ni, por supuesto, imponer la obligación a la adjudicataria de asumir costes no previstos en el expediente de licitación».

3. Consideraciones del Tribunal.

A la vista de las alegaciones de las partes, procede examinar si el apartado 3.10 del PPT, al referirse a las ayudas técnicas e instrumentales, incurren en indeterminación del objeto.

El citado apartado tiene la siguiente redacción:

«Las ayudas técnicas e instrumentales son actuaciones de carácter complementario, que consisten en un conjunto de recursos materiales y técnicos suficientes y adecuados para mejorar la calidad de la realización de las actuaciones básicas del servicio que se adapten a las necesidades de las personas usuarias del Servicio de Ayuda a Domicilio.

Por ello, se considera que deberán poner a disposición del servicio determinados medios técnicos como: Grúas, camas articuladas, sillas de ruedas, alzador WC, silla de baño con ruedas, andador, asidero de ducha, barandillas, cojín antiescaras, colchón antiescaras, muletas o lavacabezas, entre otros, todos ellos necesarios en determinados casos, para una prestación adecuada del servicio.

Teniendo en cuenta la experiencia del Servicio, las demandas recibidas en años anteriores y el número de personas usuarias, se estima que el coste total anual de dichas ayudas técnicas será de 8.000,00 euros.

El personal técnico de referencia de los Servicios Sociales Comunitarios, una vez evaluada la situación de cada persona y vista la necesidad con el/la auxiliar que presta el servicio propondrá la solicitud de la ayuda que se

requiera a la Dirección de Zona que la hará llegar al/la responsable de la empresa (responsable de dirección, planificación y gestión del servicio) a través la Jefatura de Servicio de Servicios Sociales Comunitarios.

Se pondrá a disposición de la persona usuaria la ayuda técnica que precise siempre y cuando así haya sido valorado por el Sistema de Salud o el/la profesional de Servicios Sociales en un plazo máximo de 15 días naturales, y mientras se lleva a cabo la puesta a disposición de la misma por los Servicios Sanitarios.

Cuando la persona usuaria obtenga por los cauces correspondientes la concreta ayuda técnica, procederá a su devolución en perfecto estado al contratista para su posible utilización por otra persona usuaria.

Para ello, el/la Trabajador/a Social de referencia valorará, tras haber recibido notificación por parte del/ la auxiliar o de la familia de que dicha ayuda técnica ya no es necesaria y lo pondrá en conocimiento de la Dirección de Zona para la comunicación al Coordinador/a de Zona a los efectos de la retirada de los medios técnicos. La empresa se encargara también de la puesta a punto, limpieza y desinfección de los medios técnicos retirados para que puedan ser utilizados por otras personas usuarias que así lo requieran (...)

En relación al criterio de adjudicación de reducción del plazo de entrega de las ayudas técnicas e instrumentales, es aplicable la misma forma de actuación por parte del contratista tanto en la puesta a disposición de la ayuda técnica, como de retirada de la misma. (...)

El contratista deberá garantizar el mantenimiento, la sustitución y en su caso, el traslado del conjunto de ayudas instrumentales a fin de evitar mermas en la calidad de la atención recibida por las personas beneficiarias».

Al respecto, si bien se observa que los recursos materiales y técnicos en que consisten estas ayudas técnicas están estimados cuantitativamente en el informe de viabilidad económica para la determinación del PBL y valor estimado del contrato (página 172 del expediente), previendo el apartado 3.10 del PPT un coste total anual de 8.000 euros; tales ayudas no se concretan en dicho apartado del PPT de un modo cerrado pues se utiliza la expresión «entre otros», lo que no impide que se pueda requerir al adjudicatario algún medio técnico no previsto en el PPT, a lo que se une que la cantidad estimada (8.000 euros) se ha fijado teniendo en cuenta las demandas de años anteriores, no indicándose en ningún momento que esta cantidad supone el máximo al que se puede obligar al contratista. Existe, pues, cierta indeterminación en cuanto a la citada prestación que, sin dejar de ser accesoria, no puede recaer sobre el contratista de manera indiscriminada sin un acotamiento de sus términos para que el mismo pueda conocer de antemano el alcance de la misma.

Como ya señalamos en nuestra Resolución 193/2022 *«En lo que se refiere a los servicios especiales, debe darse la razón a la recurrente cuando sostiene que la indefinición de dichos servicios impide conocer el alcance real del objeto del contrato y, en consecuencia imposibilitan a la entidad licitadora poder calcular los costes laborales y materiales necesarios para hacer frente al servicio, por lo que al no establecer límite alguno, podría darse la circunstancia de que la petición de dichas prestaciones sea desproporcionada, generando una situación de desequilibrio. En este sentido, se ha de indicar que la imposibilidad de prever tales servicios como señala el órgano de contratación, no es óbice para que en los pliegos se establezca el detalle de las posibles actuaciones a acometer, proporcionando al menos la información necesaria para que las entidades licitadores pueden conocer en la medida de lo posible el contenido y alcance de dichos servicios. No puede perderse de vista que el contrato se ha configurado en parte como una exigencia de prestación de cuantos servicios especiales le sean requeridos a la entidad adjudicataria, lo que obliga a definir en el pliego el alcance específico de las actuaciones que pueda acometer la persona contratista.*

Por otro lado, en lo relativo a las limpiezas extraordinarias, la recurrente basa su denuncia en los mismos argumentos que para el caso de los servicios especiales. Sin embargo, la cláusula 5 del PPT desarrolla con cierto detalle el contenido de dichas limpiezas. En este sentido, indica que serán ocasionales y que han de surgir por la realización de obras o pinturas en los edificios objeto del contrato, dicho detalle aun cuando delimita en gran medida las limpiezas extraordinarias, no aporta más datos, como podrían ser estimación de obras y de servicios de pinturas que se haya previsto realizar a lo largo de la ejecución del contrato, que de alguna forma pudiesen facilitar la elaboración de las ofertas por las entidades licitadoras.

Ciertamente, los pliegos deben contener el nivel de detalle necesario que permita a las entidades licitadoras efectuar sus ofertas con seguridad jurídica y en condiciones de igualdad efectiva, conociendo los términos del contrato y el alcance de sus prestaciones. Lo contrario supondría aceptar que puede efectuarse una oferta "a ciegas" o con conocimiento general y/o parcial de las prestaciones a desarrollar, trasladando al momento de la ejecución gran parte de la información que las licitadoras deben tener a la hora de preparar y presentar sus respectivas proposiciones, y además como establece el propio PPT «sin que por ello tenga derecho a incrementar el precio del servicio».

En definitiva, es al órgano de contratación al que corresponde facilitar esa información en los pliegos o ponerla a disposición de las entidades participantes aportando toda la necesaria para que éstas puedan elaborar sus ofertas conociendo de la forma más fiable posible el contenido de las prestaciones que han de ejecutar. En este punto, no debe olvidarse que el contrato además de las prestaciones ordinarias engloba otras cuya determinación cuantitativa no se refleja en el pliego ni de forma estimativa.

Por cuanto antecede, se ha de concluir que los apartados del PPT impugnados por la recurrente no delimitan con la precisión necesaria, tal y como exige el artículo 99.1 de la LCSP, el alcance de las prestaciones a ejecutar, impidiendo a las entidades licitadoras elaborar sus proposiciones de forma cabal y con seguridad jurídica».

Debe, pues, delimitarse con mayor precisión los recursos materiales técnicos que han de ponerse a disposición del contrato y el coste máximo que por tales materiales puede tener que asumir el contratista.

El motivo debe, pues, estimarse en los términos expuestos.

UNDÉCIMO. Fondo del asunto: sobre el incumplimiento del artículo 99.3 de la LCSP por no haberse establecido la división de objeto del contrato en lotes.

1. <u>Alegaciones de la asociación recurrente.</u>

ASADE señala que el informe de inicio del expediente contiene una explicación sobre la no división del objeto del contrato en lotes, pero la misma supone una referencia genérica a lo dispuesto en la normativa de aplicación y una alusión sin motivar a que *"la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaría la correcta ejecución del mismo desde el punto de visto técnico, al implicar la necesidad de coordinar el servicio de ayuda a domicilio y su ejecución por una pluralidad de profesionales en todos los municipios de menos de 20.000 habitantes"*. A juicio de la recurrente, la justificación es artificiosa e irreal y buena prueba de ello es el hecho de que todas las Diputaciones Provinciales de Andalucía licitan el servicio de ayuda a domicilio para los municipios de menos de 20.000 habitantes estableciendo Lotes.

Cita en apoyo de esta consideración algunas resoluciones de Órganos de resolución de recursos contractuales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Viene a reproducir el informe emitido, a raíz del recurso interpuesto, por la Jefatura del Servicio de «Servicios Sociales Comunitarios», indicando, en síntesis, que existen motivos válidos que justifican la conveniencia de no dividir en lotes el objeto del contrato. A tal efecto, el órgano de contratación reitera los motivos que ya se esgrimen en el informe inicial obrante en el expediente de contratación y que más adelante se expondrán para evitar reiteraciones innecesarias, cuando se transcriba parcialmente el citado informe.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La licitación en liza versa sobre actuaciones básicas del servicio de ayuda a domicilio en el ámbito de la Diputación Provincial de Málaga con un valor estimado de 89.519.781,54 euros y, dado que el objeto se ha configurado como único sin división en lotes, la controversia suscitada por la recurrente pivota sobre la artificiosa justificación de la unidad del objeto, a lo que se opone el órgano de contratación considerando que la indivisión se halla adecuadamente justificada en el expediente con arreglo a lo previsto en el artículo 99.3 de la LCSP.

Pues bien, el artículo 99.3 de la LCSP, recogiendo las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, establece que «*Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.*
No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.
En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:
a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conllevase el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.
b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente».

Resulta, pues, incuestionable desde un punto de vista legal que la división del objeto del contrato en lotes debe ser la regla general -sobre todo tratándose de grandes contratos- y ello con la clara finalidad de promover la concurrencia y favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas en las licitaciones públicas. Ahora bien, esta regla general admite excepciones cuando existan motivos válidos previamente justificados en el expediente de contratación que aconsejen la unidad del objeto en lugar de su fraccionamiento. Esta posibilidad que asiste al órgano de contratación para sostener y motivar la indivisión entronca con el ámbito de discrecionalidad del que goza para la configuración del objeto contractual, atendiendo al mejor modo de satisfacción de las necesidades públicas.

En definitiva, el legislador pretende conciliar los principios básicos de la contratación pública y especialmente, el de libre concurrencia con la mejor y más adecuada satisfacción de las necesidades públicas, de manera que si el órgano de contratación aporta motivos válidos para mantener la unidad del objeto y hace públicas dichas razones en el expediente o en los pliegos, la excepción puede imponerse a la regla general del fraccionamiento. Ahora bien, como señala el propio artículo 99.3 de la LCSP, los motivos para la indivisión han de ser válidos, pudiendo ser los que indica el propio precepto u otros, pero ello pasa siempre por realizar una justificación "*ad hoc",* concreta y específica en relación con la contratación de que se trate, no pudiendo prosperar razones que sean meramente formales, genéricas o imprecisas y que no obedezcan a una decisión del órgano de contratación claramente vinculada a la mejor satisfacción del interés público que representa el contrato.

Por lo demás, al regir en esta materia el principio de discrecionalidad técnica, este Tribunal podrá discutir si existe motivación y/o si esta es suficiente, debiendo respetar los razonamientos técnicos de la decisión del órgano de contratación, salvo manifiesto error o falta de concreción y adecuación de los mismos al supuesto de que se trate.

Lo anterior determina que, una vez salvaguardados estos límites de la discrecionalidad técnica en la decisión de no dividir el contrato en lotes, cualquier otro planteamiento técnico distinto al del órgano de contratación que puedan esgrimir los recurrentes supondrá una justificación paralela a la del mismo, que no podrá prevalecer sobre la de dicho órgano al que se presume imparcial y conocedor del interés público que satisface el contrato. Como señala la Resolución 1165/2019, de 21 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *«que el planteamiento hecho por el recurrente sea técnicamente admisible o viable, no puede considerarse elemento suficiente para hacer decaer un criterio administrativo motivado y reflejado en el expediente. Tampoco la existencia de precedentes puede sostener un pronunciamiento anulatorio, por cuanto puede ser la experiencia obtenida, precisamente la que haya conducido a un cambio en el criterio».*

Así pues podemos extraer las siguientes conclusiones en la materia:
a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.
b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.
c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, en atención a la satisfacción del interés público, la magnitud de cada expediente y de cada lote.
d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.
e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.

Lo hasta ahora expuesto responde, asimismo, a la doctrina que ha ido acuñando este Tribunal. Así, se citan las Resoluciones 190/2019 y las más recientes 56/2022 y 312/2022, entre otras muchas.

Pues bien, sobre estas premisas debe analizarse la justificación de la no división del objeto contractual en el supuesto examinado. Así, el informe de inicio del expediente señala literalmente lo siguiente como justificación de la unidad del objeto y su no división en lotes:

«*El artículo 99.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, indica que el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente.*
(...)

En el contrato de referencia existen motivos válidos que justifican la conveniencia de no dividir en lotes el objeto del contrato, detallándose a continuación:

a. Si se dividiese el contrato en lotes por distintas zonas o comarcas:
Teniendo en cuenta que el objeto del contrato se desarrolla en todos los municipios menores de 20.000 habitantes de la Provincia de Málaga, y dado que nos encontramos con un contrato de servicio en función de las necesidades recogido en la Disposición Adicional 33ª de la LCSP, si se previese la realización independiente de los trabajos contemplados en el contrato por distintas zonas o comarcas mediante la división en lotes del contrato, se dificultaría la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico (art. 99.3.b), debido a que para la realización independiente de los trabajos contemplados en el pliego, se precisarían tantos equipos de trabajo como zonas o comarcas en que se dividiese ésta. El planteamiento seguido para realizar un contrato único, sin división por lotes, se basa en que en el mismo se oferta la realización de un número total máximo de horas de ayuda a domicilio a distribuir entre los 87 municipios de la Provincia menores de 20.000 habitantes, en función de la demanda que se genere en cada uno de ellos, y por tanto, a priori, no podemos hacer una distribución de horas por zonas o comarcas.
Visto lo anterior, queda justificada la no conveniencia de dividir en lotes de distintas zonas o comarcas el objeto del contrato, por la dificultad técnica que supondría la correcta ejecución de los trabajos.

b. Si se dividiese el contrato en lotes de los distintos tipos o materias de actividades a realizar:
Si se previese la realización independiente de cada uno de los trabajos contemplados en el contrato mediante su división en lotes, se pondría en riesgo la correcta ejecución del contrato por imposibilitar la coordinación de la ejecución de las diferentes prestaciones, encuadrándose dentro del segundo motivo válido que indica la Ley en su artículo 99.3.b).

Para la realización independiente de los trabajos contemplados en el contrato (lotes), se precisaría al menos un equipo de trabajo distinto por cada una de las zonas o comarcas que se determinaran por lo que no podrían intercambiarse las personas con distintos perfiles o reforzar trabajos de un determinado perfil entre los distintos contratistas, impidiendo así la necesaria coordinación para realizar todas las actividades que se determinaran.

Tampoco sería posible la realización de lotes por especialización del servicio de ayuda a domicilio ya que la programación se realizará de acuerdo a las necesidades de las personas dependientes y no es posible determinar previamente el tipo de actividad a desarrollar con cada grupo.

Por todo lo expuesto, queda justificada la no conveniencia de dividir en lotes los distintos trabajos del contrato, dado que la naturaleza del objeto del contrato implica la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Se considera prioritario en el presente contrato de servicios evitar cualquier tipo de divergencia que pudiera surgir por la posibilidad de dividir en lotes el servicio de ayuda a domicilio o los municipios dónde se vaya a desarrollar el servicio, habiéndose valorado dichas opciones sin que supongan una mejora de la calidad o un beneficio en los servicios que se pretendan, más bien supondría elevar los costes debido a las duplicidades que generarían). A la vista del art. 99 de la LCSP es claro que le corresponde al órgano de contratación decidir la contratación o no por lotes, si el objeto del contrato permite la contratación por separado de prestaciones que se integren en un solo objeto por razón de su propia naturaleza o porque consideradas conjuntamente sirven a la funcionalidad de la prestación contractual, o por el contrario, la realización independiente de las diversas prestaciones objeto del contrato dificultan la ejecución del mismo o impiden la correcta coordinación de las prestación, por la propia naturaleza del mismo. El examen y estudio del expediente administrativo, así como de los

anteriores pliegos tramitados, junto con la propia justificación que aquí se expone motiva de manera suficiente la improcedencia de la división por lotes por el carácter antieconómico que dicha división implicaría.

De lo expuesto, se entiende que:
- Se parte de un enfoque homogéneo e integrado para la prestación de un servicio tan esencial como el de la ayuda a domicilio.
- El órgano de contratación trata de velar, al no dividir el objeto del contrato, por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad del servicio.
-En tal sentido e intención se procura que las prestaciones se ejecuten de un modo igual o indiferenciado para todos los usuarios del servicio con independencia del lugar en que residan, ya sea en la Serranía de Ronda o en la comarca de la Axarquía, por poner un ejemplo.
-Esa homogeneidad y unidad de criterio que se procura lo es en aras de aportar eficacia, agilidad, capacidad de reacción y acortamiento de tiempos de respuesta de modo que para tal fin es necesario, y no meramente conveniente, unificar la interlocución entre la Administración contratista [sic] responsable del servicio (que es la Diputación Provincial de Málaga) y la empresa contratista.
-Con esta indivisión, se procura estandarizar respuestas, modelos de organización y gestión al ser un contrato que se desenvuelve en un ámbito tan sensible desde el punto de vista social con afección de personas que se encuentran entre las más vulnerables de la sociedad. (...)

También se debe hacer constar la dificultad de coordinación de la ejecución de las diversas prestaciones en caso de su división en lotes. La coordinación de diversos equipos de trabajo de empresas distintas por parte de los Servicios Sociales Comunitarios sería imposible o, cuando menos, excesivamente onerosa con grave riesgo de ejecución deficiente del mismo, sin perjuicio de que la unidad administrativa pudiera quedar mermada de recursos humanos para otras funciones igualmente necesarias. La afección a la carga de trabajo de la unidad administrativa responsable, provocaría la imposibilidad de atender adecuadamente el resto de tareas y responsabilidades de los servicios sociales comunitarios».

Pues bien, en el supuesto analizado, la lectura de la justificación obrante en el expediente es extensa, pero ello no significa que necesariamente sea válida pues, tratándose de un gran contrato en terminología de la Directiva 2014/24/UE cuyo valor estimado asciende a 189.519.781,54 euros, se impone la regla general de la división salvo motivación concreta y específica que ilustre con detalle acerca de la necesidad de mantener la unidad para una más adecuada satisfacción del interés público que demanda el contrato. Por tal razón, aun cuando la motivación del órgano de contratación esté amparada por el principio de discrecionalidad técnica, las razones esgrimidas para no dividir no pueden mostrar la simple conveniencia de la unidad porque sea más fácil la coordinación y seguimiento del contrato desde la perspectiva del órgano de contratación o resulte excesivamente oneroso para el mismo mantener interlocución con diversos contratistas. La motivación para no dividir no puede obedecer a las circunstancias de la entidad contratante, sino a razones directamente relacionadas con la prestación y su más satisfactoria realización.

Y ello es así porque el legislador europeo ha querido precisamente que sea la contratación pública la que se adapte a las necesidades de las PYMES (Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE), lo que exige un esfuerzo por parte de los poderes adjudicadores para dividir grandes contratos -como el aquí examinado- en lotes.

En definitiva, la motivación esgrimida por el órgano de contratación para no dividir es genérica y vaga, pese a su extensión. Se defiende el modelo de contrato único porque se ha previsto ofertar un número total

máximo de horas entre 87 municipios, pero ello no impide efectuar una distribución de horas por zonas o comarcas. Se habla de imposibilidad de coordinación de la ejecución de las diferentes prestaciones en caso de lotes, pero no se explica suficientemente por qué surge esa imposibilidad y si la misma no es vencible. Se alude a la prioridad de evitar cualesquiera divergencias en la prestación y a que se ha valorado la opción de lotes sin que ello suponga mejora en la calidad, pero ni se indica qué divergencias son las que acarrearía la división ni los razonamientos que sustentan la falta de mejoras en la calidad como consecuencia de la opción barajada de división en lotes.

Se defiende la unidad apelando a la igualdad en la prestación del servicio y el acortamiento de tiempos de respuesta mediante la unificación de la interlocución entre Administración y contratista, pero este planteamiento es excesivamente genérico y no se desciende a las dificultades que entrañaría la otra opción, no debiendo ser la merma de recursos humanos en la unidad administrativa que tenga que coordinar y efectuar el seguimiento de la prestación motivo válido para no dividir teniendo en cuenta el carácter trascendente y general que en el nuevo marco contractual tiene la división en lotes, sobre todo tratándose de grandes contratos como acontece en este supuesto.

Como señalamos en nuestra Resolución 49/2020, a propósito de una motivación igualmente genérica del órgano de contratación para justificar la indivisión del contrato en lotes, *«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato, pero ello no le exime en el actual marco normativo de justificar la unidad del objeto cuando este sea susceptible de división en lotes, como sucede en el caso enjuiciado donde se echa en falta una motivación más concreta y adaptada a las singularidades del caso concreto.*

Por esta razón, el motivo del recurso debe prosperar, al estimar este Tribunal que la justificación obrante en el expediente -que debe ser más reforzada si cabe teniendo en cuenta las singularidades de la prestación a contratar- resulta insuficiente y meramente formal, no añadiendo ninguna especificidad al motivo legal expresado en el artículo 99.3 letra b) de la LCSP».

Debe pues estimarse el motivo en el sentido de que la motivación para la no división obrante en el expediente resulta insuficiente al ser genérica y, pese a su amplitud, no aportar datos concretos que evidencien la dificultad real que entraña la existencia de lotes en este contrato para una satisfactoria ejecución de la prestación.

Con base en las consideraciones realizadas el recurso debe ser estimado con anulación de los pliegos, 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 ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE**) contra los pliegos que rigen el contrato denominado «Realización de las actuaciones básicas del Servicio de Ayuda a Domicilio en el ámbito de actuación de la Excma. Diputación Provincial de Málaga», convocado por la citada Diputación Provincial (Expte. Serv.-016/2022) y en consecuencia, anular los pliegos y demás documentos contractuales conforme a lo expresado en el último fundamento de derecho de esta resolución.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.