Recurso 80/2023
Resolución 146/2023
Sección Segunda

Sevilla, 3 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN** (en adelante, FADECO) contra el pliego de clausulas administrativas particulares y demás documentación que rige la licitación del contrato denominado «Contratación de las obras de terminación del nuevo edificio de Consultas Externas del Área Materno Infantil del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, perteneciente a la Central Provincial de Compras de Córdoba financiado un 100% con fondos europeos REACT-EU/FEDER mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas»(Expediente1286/2022), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de enero de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 17.333.569,95€ 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 9 de febrero de 2023 FADECO 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 9 de febrero de 2023, dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicho oficio tuvo que ser reiterado y finalmente, la documentación solicitada tuvo entrada en este Tribunal con fecha 14 y 15 de febrero de 2023.

No procede la práctica del trámite de alegaciones al recurso, al no haberse presentado oferta por ningún licitador interesado a la fecha en que se acordó la suspensión del procedimiento de licitación, así como del plazo de presentación de proposiciones, según consta en la comunicación dirigida por el órgano de contratación a este Tribunal con fecha 15 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

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 federación empresarial recurrente impugna el PCAP que rige el contrato de obras referenciado, por considerar, entre otros motivos, que los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos, en concreto el referido a las mejoras referidas a obras sin cargo impiden la libre concurrencia, con vulneración del principio de igualdad y el de proporcionalidad. 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 FADECO conforme al artículo 7 letra b) de sus estatutos, que le confiere entre otros, los fines de «fomentar y defender la iniciativa privada y la economía de mercado, la actividad sectorial de construcción y la gestión de los intereses sociales y económicos de sus miembros», por lo que ha de apreciarse la concurrencia de interés legítimo para la interposición del presente recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el PCAP de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 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 20 de enero de 2023, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 9 de febrero de 2023 en el registro de este Tribunal se ha formalizado en plazo.

CUARTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala la cláusula 3.5.3 y por remisión de esta, el apartado 9.1 del cuadro resumen, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*".

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el motivo referente a la legalidad del criterio de adjudicación automático consistente en «Mejoras. Obras sin cargo».

1. Alegaciones de la federación recurrente.

FADECO solicita la anulación de pliego impugnado y del procedimiento de adjudicación convocado a fin de que se adecúen a las exigencias legales. En sus alegaciones parte de una serie de premisas previas que considera necesarias para el análisis de los motivos en que funda la nulidad del criterio de adjudicación establecido en el apartado 2.2 del anexo al cuadro resumen, referido a «*Mejoras. obras sin cargo*».

Así, considera que los contratos del sector público:

(i) son onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, participando de dicha consideración aquellos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico (Articulo 2.1 de la LCSP)

(ii) tienen siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada (artículo 102.1 de la LCSP)
(iii) la necesidad e idoneidad del contrato, así como la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato realmente proyectado deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria (artículo 28.1 de la LCSP).
(iv) los contratos de obra deben referirse a una obra completa, entendiendo por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra, si bien podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio (artículo 13.1 de la LCSP).
(v) su contratación no será concebida con la finalidad de restringir artificialmente la competencia.
(vi) respecto a los criterios de adjudicación, además de estar vinculados al objeto del contrato, deberán ser formulados por los órganos de contratación de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no deben conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

Partiendo de lo anterior, denuncia que el criterio relativo a la mejora consistente en la ejecución de la cubierta sin cargo para el contratista, vulnera, en primer lugar, el principio de igualdad y limita el acceso a la contratación de obras, restringiendo la competencia ya que impone la ejecución de obras no previstas en el proyecto, cuantificadas en 1.547.245, 33 euros más IVA -que representa un porcentaje del 8,92 % del presupuesto base de licitación- e infringe el principio de proporcionalidad ya que la ponderación asignada para su valoración (37 puntos de 52) representa un peso del 71,15% de los criterios evaluables de forma automática.

Por otra parte, alega la falta de motivación del fraccionamiento por tramos de la ejecución de la cubierta, objeto de la mejora, máxime si tenemos en cuenta que los contratos de obra se refieren a una obra completa, en el sentido de una unidad funcional, en la que no es viable su aprovechamiento o utilización separada por tramos, circunstancia que, a su juicio, evidencia claramente que estamos en presencia, no de una mejora, sino de una prestación nueva, dirigida a satisfacer necesidades que no fueron contempladas en el proyecto de las obras que constituyen el objeto principal del contrato, y cuya contratación debe hacerse, por tal razón, en un procedimiento separado, y ser objeto de una licitación independiente.

Considera, asimismo, que la inclusión como criterio de adjudicación de obras adicionales a las fijadas en el proyecto vulnera el principio de determinación del objeto del contrato regulado en el artículo 99 de la LCSP, y supone una alteración del objeto del contrato, al introducir prestaciones nuevas, que no fueron contempladas en el proyecto. En este sentido, indica que los contratos de obra se refieren a la ejecución de un proyecto que debe definir con precisión el objeto del contrato, previamente supervisado, en su caso, aprobado por el órgano de contratación y replanteado por el servicio competente, por lo que solamente la obra contenida en el proyecto es la que se licita y puede ejecutarse sin que sea posible exigir, a través de la mejora, un mayor volumen de obras, no incluidas en el proyecto, que origine la ejecución de obras distintas de las precisadas en el proyecto aprobado. Se vulnera, con ello, el régimen de atribución de costes que la ley establece con carácter imperativo e indisponible para las partes.

Cuestiona la indeterminación y la falta de precisión que conlleva la forma de valoración de la cubierta en cinco tramos con una puntuación en ascenso en función del mayor número de tramos que se oferten, lo que, a su juicio, puede generar un efecto pernicioso y sujetar la determinación de las obligaciones contractuales del contratista, durante la ejecución del contrato, a la voluntad exclusiva de la entidad contratante, atentando contra los principios de transparencia y libre competencia, y distorsionando el procedimiento de adjudicación.

Por otra parte, incide en que la exigencia de ejecución de la ampliación de la cubierta sin abonar una contraprestación por parte de la Administración, atenta contra el carácter oneroso de los contratos públicos, y genera un evidente enriquecimiento injusto que rompe el equilibrio de las prestaciones que deben regir en la relación contractual, así como la determinación del precio del contrato.

Finalmente, FADECO expone los requisitos que las mejoras deben cumplir para que puedan ser consideradas como criterios de adjudicación, y alega que, en la licitación impugnada, la ejecución de la cubierta representa, en definitiva, una prestación necesaria que debió incluirse en el proyecto inicial, y, en consecuencia, no es una prestación adicional a las que figuran definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas (PPT). A su juicio, el criterio de adjudicación controvertido tampoco cumple el requisito de la vinculación al objeto del contrato, en la medida que difícilmente la ejecución gratuita de la cubierta puede redundar en una mejor ejecución del contrato.

En resumen, considera que los criterios de adjudicación no pueden suponer la vulneración de los principios y normas que configuran el régimen jurídico de los contratos del sector público e invoca el Dictamen del Consejo de Obras Públicas de 10 de enero de 2019 respecto de la necesidad de que el estudio, preparación y redacción de los proyectos técnicos necesarios que sirven de base a la ejecución de obras públicas se haga con el rigor y la precisión exigibles, así como el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Expediente 49/21) respecto de la concreción del objeto del contrato de obras en el correspondiente proyecto, cuya aprobación corresponde al órgano de contratación y que debe comprender todos aquellos elementos necesarios para que la obra cumpla con su finalidad.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso y solicita la desestimación íntegra del mismo, esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

El órgano alega en el informe al recurso, que el objeto de la contratación –la ejecución de las obras de terminación del nuevo Edificio de Consultas Externas del Área Materno Infantil del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba- está perfectamente definido y determinado en el apartado 2.1.1. del PCAP, apartado 5 del cuadro resumen y en la restante documentación que configura el expediente de contratación, indicando que, con carácter previo a la licitación, se contrató la redacción del proyecto a un equipo muy cualificado y especializado en arquitectura sanitaria, y posteriormente fue supervisado por la Oficina de Supervisión del Servicio Andaluz de Salud, aprobado y replanteado, constituyendo una obra completa con plena autonomía y sustantividad. Añade que, al margen de lo que constituye el objeto de la contratación, se ha considerado conveniente, a la hora de configurar los criterios de adjudicación, establecer el criterio de adjudicación automático "*2.2 MEJORAS. Obras sin cargo*" cumpliendo escrupulosamente en su definición, configuración, especificación y justificación lo dispuesto en el artículo 145.7 de la LCSP.

Defiende que la LCSP admite en el artículo 145.7 la posibilidad de introducir mejoras, como criterios de adjudicación para valorar la mejor relación calidad-precio, en el sentido definido en el referido precepto como prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas. En ese sentido, alega que en el apartado 6.4.2.4 del PCAP, al establecerse la documentación a aportar para valorar la mejora, se indica, de manera expresa que *"Las obras sin cargo suponen una aportación extra sobre la prestación objeto del expediente".* Con relación a la mejora establecida el informe al recurso sostiene, en síntesis, lo siguiente:

(i) Que la mejora se ha especificado y definido suficientemente y consiste en la ejecución de una obra en forma de cubierta que prolongará la ya existente en la actual calle peatonal de acceso a los edificios que ordenan actualmente el Complejo (Hospital General, Edificio de Consultas Externas y Hospital Materno Infantil), con la entrada al nuevo edificio de consultas Externas del área Materno Infantil, que es el objeto de la contratación actual. Según el órgano de contratación, la mejora no modifica ni altera la obra principal, sino que tiene un carácter accesorio y complementario a la misma. Adjunta al informe un conjunto de cuatro imágenes del estado actual, de la futura reforma con la mejora establecida, al completo y en sus cinco tramos.

(ii) Que está vinculada y relacionada directamente con el objeto del contrato: en este sentido, indica que se trata de una obra que, en forma de cubierta, permitirá el acceso a los usuarios de consultas externas del área Materno Infantil (mayoritariamente niños y mujeres, además de sus acompañantes) al nuevo edificio que es objeto del contrato, en las mismas condiciones de acceso de los usuarios al resto de edificios que actualmente ordenan el complejo. Además, permitirá que la calle de acceso sirva de zona de encuentro y esparcimiento, y de resguardo frente a los agentes meteorológicos adversos.

(iii) Que está justificada con fundamento en los motivos expuestos en el PCAP y en la memoria.

(iv) Que está ponderada, al haberse dividido en cinco partes de igual superficie, perfectamente delimitadas y valoradas, de forma que los licitadores pueden ofertar la ejecución de 0,1,2,3,4 o las 5 partes. Expone que la cubierta objeto de la mejora ha sido diseñada de forma que se pueda ejecutar por tramos siendo posible su utilización o aprovechamiento por partes, con lo que se permite que el licitador pueda ofertar en función de su capacidad.

(v) Que no restringe la competencia ni se infringen los principios de concurrencia e igualdad, puesto que todos los licitadores conocen desde el principio la configuración de la mejora, y por tanto, las "reglas del juego", pudiendo realizar su oferta en los términos que libremente consideren.

(vi) Que no se dan los supuestos en que la valoración de la mejora se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo 146 de la LCSP, por tanto, no le resulta de aplicación la limitación de una valoración superior al 2,5 por ciento.

Al respecto, el órgano de contratación expresa: «*El órgano de contratación, para optar a la adjudicación del contrato, no impone la obligación de ejecutar obras NO previstas en el proyecto, ni fuerza al licitador a asumir gratuitamente los costes de una inadecuada redacción de proyecto, sólo establece la posibilidad alternativa de que, en lugar de minorar el importe de la obra con una bajada de precio de mayor valor, ofrezca realizar una parte o la totalidad de la obra prevista como mejora por el importe de esta bajada en precio no realizada. Igual que no impone realizar una baja, tampoco impone ejecutar la mejora, solo ofrece estas dos opciones, es decir, la combinación de una baja en precio con la oferta de todo o parte de la mejora.*

El apartado 7.6 del PCAP regula las ofertas anormalmente bajas, indicando que "Se considerarán desproporcionadas las proposiciones cuando la suma del importe de la baja ofrecida más el importe de los tramos de mejora ofertados, valorados según el presupuesto aportado como anexo X (mejoras), superen los 2.000.000 €."
El presupuesto de licitación resulta adecuado para cumplir el contrato, de modo que los licitadores interesados pueden, en un mercado de libre competencia, diseñar una estrategia en la presentación de ofertas, que va desde efectuar una oferta en la que se incluya la totalidad de la mejora, algunos de sus tramos, sólo bajada de precio, o la combinación de ambas (bajada de precio y tramos de mejora) sin incurrir en presunción de anormalidad y sin que el valor estimado del contrato se vea distorsionado por el hecho de ofertar la mejora.

La configuración de la mejora no vulnera el principio de igualdad, ni limita el acceso a la contratación de las obras, ya que permite optar a la adjudicación del contrato sin la obligación de ofertarla y por tanto sin la obligación de ejecutarla.

En caso de ofertarla, su ejecución no es gratuita, porque su coste tiene una valoración económica contenida en el Anexo X, que el licitador conoce y tendrá en cuenta en la configuración de su oferta. La mejora estará implícita en su oferta económica, que será abonada como precio del contrato en caso de resultar adjudicatario»

El informe reconoce que se trata de una obra no prevista en el proyecto, ya que, a su entender, si estuviera incluida en el mismo formaría parte del objeto del contrato, sería obligatoria su realización y no cabría su configuración como mejora, y se opone a la tesis de la recurrente, alegando que el hecho de que la cubierta de la calle exterior de acceso al edificio no se encuentre incluida en el proyecto, no significa que el proyecto sea defectuoso o contenga una inadecuada redacción, dado el carácter accesorio de la mejora.

Insiste en el carácter oneroso del contrato, ya que el contratista recibirá el importe que fije en su oferta, que será la contraprestación económica que aquel perciba correspondiente a la ejecución de la obra por lo que, si el licitador que resulte adjudicatario no ha ofertado la mejora, no tendrá que realizarla, y en el caso de que la haya ofertado, la mejora propuesta por el adjudicatario pasará a formar parte del contrato y no podrá ser objeto de modificación, en aplicación del artículo 145 de la LCSP.

El órgano invoca doctrina de los Tribunales administrativos de Recursos Contractuales sobre las mejoras, mencionando, entre otros pronunciamientos de los órganos de resolución de recursos contractuales, el Acuerdo 8/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; las Resoluciones nº 189/2011, de 20 de julio y nº 129/2013, de 3 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales así la Resolución nº 13/2014, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y las Resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía nº 64/2012, de 14 de junio y nº 85/2012, de 21 de septiembre.

Sostiene que la postura doctrinal mayoritaria es favorable a las que califica como mejoras "*gratuitas o sin coste para el órgano de contratación*" lo que, a su juicio, deriva de una concepción extensa de la onerosidad del contrato público, invocando la doctrina del TJUE (Sentencias del TJUE de 18 de enero de 2007 (asuntos 220/05) y 25 de marzo de 2010 (asuntos 451/08) y algunos pronunciamientos jurisdiccionales, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional de la Sala de lo Contencioso – Administrativo, sección 4ª de fecha 27 de mayo de 2015 (recurso nº 327/2014).

En ese sentido, señala que los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales han venido admitiendo ofertas presentadas a cero euros para determinadas prestaciones integradoras del objeto del contrato, entendiendo que el coste de tales prestaciones puede entenderse retribuido o subsumido en el precio general. Así, entre otras, menciona la Resolución nº 98/2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, la Resolución nº 13/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; las Resoluciones nº 204/2018 y 233/2018, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, o la Resolución nº 250/2017, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

3. Consideraciones del Tribunal.

La controversia se centra en determinar la legalidad del criterio de adjudicación evaluable mediante la aplicación de fórmulas «*Mejoras. Obras sin cargo»* que se establece en el apartado 6.4.2.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y que tiene el siguiente contenido:

«1. MEJORAS. Obras sin cargo.

Las obras sin cargo suponen una aportación extra sobre la prestación objeto del expediente.

En el Anexo X se facilita el diseño y presupuesto de la cubierta de la calle interior situada entre los edificios de Consultas Externas y los de Hospitalización.

La calle interior cubierta constituye el elemento alrededor del cual se ordenan todos los edificios del complejo: Hospital General, Hospital Materno Infantil y edificio de consultas externas del Hospital General. Permite el acceso a cada edificio y el tránsito entre ellos en condiciones muy adecuadas y sirve de zona de encuentro y esparcimiento. Y esto es posible porque su carácter de espacio cubierto lo resguarda de los agentes meteorológicos adversos, sol y lluvia. Las actuaciones que se incluyen en el proyecto cuya obra se licita -el acceso general al complejo y el nuevo edificio de consultas externas del área materno infantil- se ubican a continuación del edificio de consultas externas de adultos y quedan fuera de la calle interior cubierta. Este hecho supone una debilidad importante de la solución licitada pues la entrada general al complejo y la entrada al nuevo edificio quedan a la intemperie, expuestas, sin protección al riguroso sol del verano y a las lluvias del resto del año. La mejora que se propone permitirá disponer para estos accesos de similares condiciones de accesibilidad y confortabilidad que las ya existentes y comentadas para el resto de los edificios del complejo. Esta mejora unirá la cubierta existente con el acceso general al hospital y con la entrada al edificio de consultas externas del área materno infantil.

Los licitadores ofertarán además de la ejecución de la cubierta, las tasas y licencia correspondientes a la obra sin cargo.

La redacción del proyecto, Dirección de obra y coordinación de Seguridad y Salud, serán asumidas por el órgano de contratación.

Los precios unitarios utilizados en el presupuesto son los mismos que los del Proyecto de Consultas Externas.

La cubierta se ha dividido en 5 partes de igual superficie, de forma que los licitadores pueden ofertar la ejecución de 0,1,2,3,4, o 5 de las partes.

El importe ofertado adquirirá la condición de importe disponible de forma fraccionada conforme se vaya ejecutando la obra del edificio de consultas externas, obteniéndose su valor de forma proporcional al importe de la obra realmente certificada».(el subrayado es nuestro)

Por su parte, en el apartado 2.2 del anexo al cuadro resumen del PCAP se establece la ponderación que se asigna a los criterios evaluables de forma automática (0 a 52 puntos), y en concreto al que estamos examinando:

«2.2 MEJORAS. Obras sin cargo (hasta 37 puntos).

Será baremado con los criterios que a continuación se expresan:

CONCEPTO	*VALORACIÓN*
No se realiza mejora	*0 puntos*
Se oferta la ejecución de 1/5 parte de la cubierta (TRAMO A)	*9 puntos*
Se oferta la ejecución de 2/5 partes de la cubierta (TRAMOS A y B)	*16 puntos*
Se oferta la ejecución de 3/5 partes de la cubierta (TRAMOS A, B y C)	*23 puntos*
Se oferta la ejecución de 4/5 partes de la cubierta (TRAMOS A, B, C y D)	*30 puntos*
Se oferta la ejecución de 5/5 partes de la cubierta (TRAMOS A, B,C,D y E)	*37 puntos*

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

Por lo que respecta a la justificación del criterio de adjudicación controvertido en la memoria obrante en el expediente administrativo (páginas 1 a 13) se indica lo siguiente:

> *«Se considera adecuado la inclusión de un criterio de adjudicación referido a mejora, que consiste en la inclusión de una obra sin cargo que supone una aportación extra sobre la prestación objeto del expediente.*
> *Dicha obra, consiste en la cubierta de la calle interior situada entre los edificios de Consultas Externas y los de Hospitalización. La calle interior cubierta constituye el elemento alrededor del cual se ordenan todos los edificios del complejo: Hospital General, Hospital Materno Infantil y edificio de consultas externas del Hospital General. Permite el acceso a cada edificio y el tránsito entre ellos en condiciones muy adecuadas y sirve de zona de encuentro y esparcimiento. Y esto es posible porque su carácter de espacio cubierto lo resguarda de los agentes meteorológicos adversos, sol y lluvia. Las actuaciones que se incluyen en el proyecto cuya obra se licita -el acceso general al complejo y el nuevo edificio de consultas externas del área materno infantil- se ubican a continuación del edificio de consultas externas de adultos y quedan fuera de la calle interior cubierta. Este hecho supone una debilidad importante de la solución licitada pues la entrada general al complejo y la entrada al nuevo edificio quedan a la intemperie, expuestas, sin protección al riguroso sol del verano y a las lluvias del resto del año. La mejora que se propone permitirá disponer para estos accesos de similares condiciones de accesibilidad y confortabilidad que las ya existentes y comentadas para el resto de los edificios del complejo. Esta mejora unirá la cubierta existente con el acceso general al hospital y con la entrada al edificio de consultas externas del área materno infantil.*
> *Los licitadores ofertarán además de la ejecución de la cubierta, las tasas y licencia correspondientes a la obra sin cargo.*
> *La redacción del Proyecto, dirección de obra y coordinación de seguridad y salud, serán asumidas por el Órgano de contratación.*
> *Los precios unitarios utilizados en el presupuesto son los mismos que los del Proyecto de Consultas Externas. La cubierta se ha dividido en 5 partes de igual superficie, de forma que los licitadores pueden ofertar la ejecución de 0,1,2,3,4, o 5 de las partes.*
> *El importe ofertado adquirirá la condición de importe disponible de forma fraccionada conforme se vaya ejecutando la obra del edificio de consultas externas, obteniéndose su valor de forma proporcional al importe de la obra realmente certificada».* (el subrayado es nuestro)

Pues bien, el escrito de recurso, en síntesis, cuestiona la configuración como mejora del criterio de adjudicación automático consistente en la ejecución por tramos (de 0 a 5) de una cubierta, con el contenido y alcance que acabamos de exponer, y solicita que se declare su nulidad y por ende, que se extienda a todo el procedimiento de adjudicación, con la consecuente nulidad de los pliegos.

Lo primero que procede abordar es si el criterio de adjudicación en cuestión constituye o no una mejora en el sentido definido en el artículo 145.7 de la LCSP, cuyo tenor es el siguiente: : «*En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento. Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato. Las*

mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación». (el subrayado es nuestro)

Así pues, para que las mejoras puedan ser consideradas como criterio de adjudicación se han de cumplir los requisitos siguientes con arreglo a lo dispuesto en el precepto legal señalado:

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

En efecto, el artículo 145.7 del texto legal contractual, después de fijar la definición de mejora, especifica que no pueden alterar ni el objeto del contrato ni la naturaleza de las establecidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas (párrafo tercero del artículo 145.7 de la LCSP), por lo que parece que las "mejoras" a las que se refiere el artículo 145.7 LCSP son las prestaciones adicionales y distintas a las definidas en los pliegos de la contratación.

En dicho sentido se ha pronunciado este Tribunal en sus Resoluciones 79/2020 y 106/2020, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 591/2019).

Expuestos los requisitos que ha de cumplir la mejora para ser admitida como criterio de adjudicación, procede analizar si se cumplen o no aquéllos en el supuesto analizado.

Se debe examinar, por tanto, si la mejora «Obras sin cargo» establecida como criterio de adjudicación es una prestación adicional, suficientemente definida y especificada en los pliegos, proporcionada al objeto del contrato y vinculada con el mismo -como defiende el órgano de contratación- o si, a través de la misma, se pretende imponer al contratista que asuma la ejecución de una obra que no es accesoria, que resulta ajena al proyecto de ejecución de la obra -al no estar prevista en el mismo- desproporcionada, y que altera la naturaleza del objeto del contrato provocando un efecto distorsionador de la competencia, como sostiene la federación recurrente.

A juicio de este Tribunal, para resolver la viabilidad como mejora de la ejecución de las obras sin cargo que se pretenden realizar, hemos de acudir, en primer lugar, a la regulación específica del contrato de obras en la LCSP.

Así, el artículo 13.3 de la LCSP establece que: «*Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiendo por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra.*

No obstante lo anterior, podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas sean susceptibles de utilización independiente, en el

sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación.
(...) »

Por otra parte, el artículo 231.1 de la LCSP establece que: *"1.En los términos previstos en esta Ley, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato. La aprobación del proyecto corresponderá al órgano de contratación salvo que tal competencia esté específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica". (* el subrayado es nuestro)

El artículo 233 de la LCSP establece que «*los proyectos de obras deberán contener, al menos, (….) d) Un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración (...)»*

Finalmente, el artículo 99 de la LCSP establece que *"El objeto de los contratos deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que puedan incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes o servicios que se contraten".*

Como señala la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Expediente 49/2021) invocado por FADECO en su recurso, el objeto del contrato de obras debe concretarse en el correspondiente proyecto, que comprende todos los elementos necesarios para que la obra cumpla con su finalidad. Al respecto, la Junta Consultiva se pronuncia en los siguientes términos:

> *«En un contrato de obras el objeto del mismo se concreta en el correspondiente proyecto, cuya aprobación corresponde al órgano de contratación (artículo 231 LCSP) y que debe comprender todos aquellos elementos necesarios para que la obra cumpla con su finalidad (artículo 125.1 y 4 del RGLCAP). Conforme al proyecto se determina tanto el valor estimado del contrato como el presupuesto base de licitación, que constituye el elemento en torno al cual se realiza la selección del contratista (artículo 233 LCSP) y de acuerdo con el cual se deberán ejecutar las obras una vez que hayan sido adjudicadas (artículo 238 LCSP). Su correcta elaboración constituye un elemento fundamental para una buena ejecución del contrato, tal como ha recordado en numerosas ocasiones el Consejo de Estado, por lo que la legislación de contratos públicos dedica diversos preceptos a establecer los mecanismos adecuados para garantizar su corrección antes de su aprobación y a asignar las eventuales responsabilidades derivadas de los defectos que puedan detectarse durante su ejecución (artículos 233, 235, 236 y 315 de la LCSP y los concordantes del RGLCAP)» .*

Pues bien, en el supuesto examinado, el objeto del contrato en el que se establece la mejora consiste en la obras de terminación del nuevo edificio de Consultas Externas del Área Materno Infantil del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, con el alcance y descripción que figura en el contenido del proyecto básico y de ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 233 de la LCSP, debidamente supervisado por la Oficina de Supervisión del Servicio Andaluz de Salud (Tomos I a VII) y obrante en el expediente remitido.

La mejora, por su parte, consiste en la ejecución de la cubierta de la calle interior situada entre los edificios de Consultas Externas y los de Hospitalización, definiéndose como una "aportación extra" sobre la prestación objeto del expediente, y estableciéndose la posibilidad de su ejecución por tramos.

Este Tribunal ha podido comprobar que en la documentación del proyecto básico y de ejecución de las obras de terminación del nuevo edificio, supervisado no se describe ni se especifica la mejora, puesto que en aquel no se incluyen las obras relativas a la ejecución de la cubierta, ni figuran lógicamente presupuestadas.

En efecto, en el Tomo I, obrante en el expediente remitido, que contiene la memoria descriptiva, no existe ninguna referencia a la ejecución de la cubierta que se establece como criterio de adjudicación ni en el programa de necesidades, ni en la descripción de la propuesta, ni en la adecuación al programa funcional de la obra principal objeto del contrato. Tampoco se describen las obras relativas a la mejora ni en el resumen del proyecto, ni en el resumen del presupuesto por capítulos (Tomo II) en el que sí figura el total del presupuesto de ejecución material de las obras de terminación, que coincide con el presupuesto base de licitación que figura en la cláusula 3.1 del PCAP y que asciende a 17.333.569,95 euros IVA excluido (20.973.619,64 euros IVA incluido).

Resulta indiscutible, pues, a juicio de este Tribunal, la falta de definición y especificación de la mejora que atañe, además, a la propia certeza o probabilidad en la realización de las obras de la cubierta ya que la ejecución de esta (completa o por tramos) queda condicionada a la oferta, incierta, que hagan los licitadores, de toda la cubierta o de parte de ella, en función de los distintos tramos que se prevén.

En el fondo, advertimos que la finalidad perseguida por el órgano de contratación con el establecimiento de la mejora es obtener una "valoración económica" de los licitadores que se comprometerán a una rebaja en la oferta económica u ofertar tramos (en definitiva, precio) para la ejecución de la cubierta, que quedaría condicionada además, y obviamente, a la consecuente licitación de la redacción del proyecto de ejecución. Prueba de ello es que en la cláusula 6.4.2.4 del PCAP se establezca, de manera expresa, que "*la redacción del proyecto, dirección de obra y coordinación de seguridad y salud serán asumidos por el órgano de contratación",* lo que implica que la configuración del criterio, relativo a la mejora de las obras de la cubierta, va anudada a la previsión incierta y condicionada a la oferta que hagan los licitadores, de unas obras *"de futuro"* que, a la fecha de la presente licitación, no están definidas ni siquiera incluidas en un proyecto de ejecución. Ello entraña una absoluta indeterminación y una falta de especificación que no se compadece con lo establecido en el régimen legal de las mejoras.

Por otra parte, el órgano de contratación reconoce en su informe al recurso sin ambages que "*se trata de una obra no prevista en el proyecto, ya que si estuviera incluida en el mismo formaría parte del objeto del contrato siendo obligatoria su realización. De estar incluida en el proyecto, no cabría su configuración como mejora".*

Pues bien, no asiste la razón al órgano de contratación, cuando afirma que si el proyecto de ejecución incluyera la mejora, esta sería obligatoria para el contratista, justificando precisamente la no inclusión en el proyecto al entender que, de estar incluida en aquel, la mejora propiamente dicha formaría parte del objeto del contrato.

Esta interpretación ha de ser rechazada de plano, en la medida en que una cosa es que la mejora -tratándose de obras sin cargo, como se trata en el supuesto examinado- haya de estar definida y especificada, por así exigirlo el artículo 145.7 de la LCSP y deba estarlo, por tanto, en el proyecto básico de ejecución, conforme a la normativa específica del contrato de obras que hemos examinado, y otra muy distinta, entender que el hecho de exigir la definición y especificación de la mejora en el proyecto básico de ejecución de las obras del contrato, atendiendo

a lo establecido en la normativa contractual, convierte en obligatoria aquella o muta la naturaleza -como criterio de adjudicación- de las obras sin cargo que se establecen como mejora.

Entiende este Tribunal que, en cualquier caso, a tenor del régimen legal, la admisibilidad de la mejora consistente en la ejecución de obras sin cargo -que resulta perfectamente viable en abstracto- exige no solo que esté especificada y definida en el correspondiente proyecto de ejecución, sino -insistimos- que se cumplan el resto de requisitos que exige la ley, esto es, que deban estar especificados sus límites, modalidades, y características, que cumpla la necesaria vinculación al objeto del contrato, y que no se altere la naturaleza de las prestaciones ni el objeto del contrato; que se trate, en definitiva, de una prestación adicional y accesoria, lo que no acontece en el supuesto examinado, a la vista de la envergadura económica que representa la mejora, el carácter no accesorio de la misma, y la falta de vinculación al objeto del contrato.

En efecto, que no nos encontramos ante una prestación accesoria se desprende, no solo del contenido y alcance de las obras que se pretenden ejecutar, sino del impacto y significación económica del importe de las mismas, que viene a representar una cifra nada desdeñable, y próxima al 10 % del presupuesto base de licitación, lo que denota la sustantividad propia de las obras que se pretenden introducir vía mejora.

Por todo lo expuesto, este Tribunal estima que, a diferencia de lo que sostiene el órgano de contratación, la mejora -tal y como está configurada- no puede calificarse como una prestación adicional, accesoria o complementaria. Ha de darse, por lo tanto, la razón a la federación recurrente y concluir que en el supuesto analizado, el alcance de la mejora configurada en los pliegos desborda el concepto de "prestación adicional" y altera la naturaleza de la prestación, desnaturalizando totalmente el objeto del contrato. Lo anterior sumado a la significación del importe económico de la misma respecto del presupuesto base de licitación, evidencia que no estamos ante una prestación complementaria del objeto de la prestación principal, sino, como señala la federación recurrente, ante una prestación diferente, no vinculada al objeto del contrato por las razones que después se expondrán, y de una envergadura económica como para haber sido incluida, en su caso, como prestación integrante del objeto contractual con su correspondiente contrapartida en precio.

Al hilo de lo que venimos examinando, y dada la envergadura económica que representa la ejecución de las "obras gratuitas o sin cargo" FADECO plantea, entre las premisas previas de las que parte, que la mejora establecida, al imponer la ejecución de unas obras gratuitas, vulnera el régimen jurídico establecido con carácter preceptivo en la LCSP respecto del precio, así como la alteración del régimen de atribución de costes que la ley establece con carácter imperativo. Al respecto, indica que, "*si el proyecto es completo y detallado como así queda definido en el PCAP, no se entiende por qué es necesario ofertar sin cargo la ejecución de una cubierta".*

El órgano de contratación, en el informe al recurso, manifiesta, que "*el presupuesto de licitación resulta adecuado para cumplir el contrato, de modo que los licitadores interesados pueden, en un mercado de libre competencia, diseñar una estrategia en la presentación de ofertas, que va desde efectuar una oferta en la que se incluya la totalidad de la mejora, algunos de sus tramos, sólo bajada de precio, o la combinación de ambas (bajada de precio y tramos de mejora) sin incurrir en presunción de anormalidad y sin que el valor estimado del contrato se vea distorsionado por el hecho de ofertar la mejora.*

La configuración de la mejora no vulnera el principio de igualdad, ni limita el acceso a la contratación de las obras, ya que permite optar a la adjudicación del contrato sin la obligación de ofertarla y por tanto sin la obligación de ejecutarla.

En caso de ofertarla, su ejecución no es gratuita, porque su coste tiene una valoración económica contenida en el Anexo X, que el licitador conoce y tendrá en cuenta en la configuración de su oferta. La mejora estará implícita en su oferta económica, que será abonada como precio del contrato en caso de resultar adjudicatario".

Pues bien, planteada en estos términos la cuestión, pudiera parecer que, de las alegaciones expuestas por FADECO, no sería posible, en abstracto, en un contrato de obras, establecer una mejora consistente en obras adicionales o accesorias sin cargo para la Administración porque ello supondría tanto como vulnerar el régimen jurídico de atribución de costes establecido en la ley y el principio de retribución pactada. Dicha conclusión no puede ser aceptada ya que ello supondría desnaturalizar la propia esencia de la mejora en sí misma y negar *a priori* la viabilidad de establecer como criterio de adjudicación una mejora consistente en obras adicionales o sin cargo. Cuestión distinta es que –volvemos a insistir- para la admisibilidad de la mejora consistente en unas obras adicionales sin cargo se hayan de cumplir todos y cada uno de los requisitos del artículo 145.7 de la LCSP, lo que, como venimos analizando, no acontece en el supuesto analizado, ya que el coste económico de la mejora, tal y como está configurada en los pliegos impugnados, desborda el propio concepto de la misma y altera la naturaleza de la prestación y el objeto del contrato, generando, además, un efecto distorsionador de la competencia que vulnera los principios básicos de igualdad de trato y libre concurrencia que han de presidir la contratación pública.

Respecto de la vinculación al objeto contractual, que es otro de los requisitos que han de cumplir las mejoras conforme al artículo 145.7 de la LCSP, la federación recurrente denuncia que carece de vinculación con el objeto del contrato la prestación que pretende incluirse vía mejora y debió ser objeto, en su caso, de una contratación independiente.

El órgano de contratación se limita a justificar la vinculación al objeto contractual ligada a la satisfacción de una necesidad administrativa concreta -el acceso a los usuarios de las consultas externas cuyas obras se licitan en condiciones de mejor confortabilidad y configurando un espacio cubierto para el ocio y entretenimiento- necesidad que es distinta de la descrita respecto del contrato de obras principal. Así, la memoria obrante en el expediente justifica la elección del criterio de adjudicación de la mejora consistente en la ejecución de la cubierta sin coste, considerando "adecuada" la inclusión de un criterio de adjudicación, que supone una "aportación extra" sobre la prestación objeto del expediente, que permita el acceso a cada edificio de los que componen el complejo: Hospital General, Hospital Materno Infantil y edificio de consultas externas del Hospital General y facilite el tránsito entre ellos en condiciones adecuadas y sirva de zona de encuentro y esparcimiento.

Sobre esta cuestión, este Tribunal viene sosteniendo, coincidiendo con el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que para que sea válido un criterio de adjudicación es necesario que sea objetivo (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables) y que permita evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato definido en los pliegos, para de ese modo obtener la prestación que mejor responda a las necesidades del órgano de contratación.

En definitiva, siguiendo dicha línea argumental (v.g. Resolución 412/2020, de 26 de noviembre) hemos señalado que:

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

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

En el supuesto analizado, la construcción de la cubierta por tramos responde a la necesidad administrativa de construir la cubierta de la calle interior, como elemento alrededor del cual se ordenan todos los edificios del complejo: Hospital General, Hospital Materno Infantil y edificio de consultas externas del Hospital General, y que permite el acceso a cada edificio y el tránsito entre ellos en condiciones muy adecuadas y sirve de zona de encuentro y esparcimiento. Es cierto que la mejora puede ofrecer a los usuarios de las consultas externas del edificio cuyas obras se licitan, mejorar el acceso al referido edificio pero, a juicio de este Tribunal, la ejecución de la cubierta -que es lo que, en definitiva, se valora como criterio de adjudicación- no redunda en la mejor ejecución de la prestación objeto del contrato. Cuestión distinta sería que se valorase como criterio de adjudicación la ejecución de unas obras (por ejemplo, un determinado acabado de la fachada) que redundase en una mejor eficiencia energética del edificio en cuestión, pero la ejecución de la cubierta de la calle interior es ajena totalmente a las obras y al proyecto, por más que el órgano de contratación intente justificar la vinculación al objeto del contrato.

En consecuencia, la obligada vinculación al objeto contractual no se aprecia en el criterio impugnado, ni queda acreditada con los argumentos esgrimidos en el informe al recurso.

Llegados a este punto, resta por analizar si la mejora establecida respeta los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, de manera que no confieren al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada y garantiza que las ofertas se puedan evaluar en condiciones de competencia efectiva.

En este sentido, la federación recurrente sostiene que la mejora vulnera los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad en la medida que supone un artificio dirigido a limitar el acceso a la contratación de las obras, y restringe la competencia al imponer la ejecución de unas obras gratuitas no previstas en el proyecto que tienen un importante monto económico respecto del presupuesto base de licitación, lo que implica que el licitador que no tenga capacidad económica para asumirla se verá penalizado y discriminado para poder optar a la adjudicación del contrato.

El órgano de contratación se opone a la alegación, indicando que con la mejora establecida en los pliegos no se produce tal efecto distorsionador de la competencia, al estar prevista la fase de ejecución de la cubierta por tramos, de distinto importe económico, lo que permite a los licitadores ofertar en función de su capacidad económica, o incluso no ofertar nada.

Pues bien, conviene indicar, 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, la indeterminación de los requisitos, límites, modalidades y características

de los aspectos a ofertar sería contraria al principio de igualdad de trato, libre concurrencia, y transparencia. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras muchas, en su Resolución 85/2020, de 5 de marzo, y los restantes órgano de revisión de decisiones en materia contractual (v.g., entre otras, Resoluciones 841/2014, de 7 de noviembre; 153/2015, de 13 de febrero y 612/2015, de 6 de julio, y Acuerdo 108/2018, de 9 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

A nuestro juicio, resulta ostensible, que la ponderación que se otorga en los pliegos al criterio de adjudicación automático "*Mejoras, obras sin cargo"* (37 de 52 puntos) que representa, como señala la federación recurrente, un porcentaje del 70% del total de la puntuación asignada a aquellos en los pliegos, vulnera claramente el principio de proporcionalidad que exige el artículo 145. 5 b) de la LCSP sin que enerve tal conclusión la alegación efectuada por el órgano de contratación que esgrime que la configuración del criterio permite que los licitadores oferten en función de su capacidad, desde 0 hasta los cinco tramos en que se ha dividido la ejecución de la cubierta. Y es que es palmario que, conforme a lo establecido en los pliegos, solamente aquellos licitadores que dispongan de mayor capacidad económica podrán ofertar la totalidad o mayor número de tramos y obtener una mayor puntuación, en detrimento evidente del resto.

Además, en el presente supuesto, la elevada puntuación que se otorga al criterio no se ve contrarrestada ni puede ser justificada, como pretende el órgano de contratación, con el hecho de que se haya tenido en consideración la mejora en la fijación de los parámetros para fijar la anormalidad de las ofertas y ello porque no puede eludirse la vulneración intrínseca del principio de proporcionalidad en los términos que hemos analizado.

Este Tribunal estima, por tanto, que, tal y como está configurada la mejora, se infringen, de manera frontal, los requisitos previstos en el artículo 145.7 de la LCSP y provoca un efecto distorsionador de la competencia, que vulnera los principios de igualdad, no discriminación, proporcionalidad y libre concurrencia.

De acuerdo con las consideraciones realizadas, este Tribunal concluye que el recurso debe estimarse. Procede, no obstante, analizar en el siguiente fundamento de derecho el segundo motivo alegado en el recurso.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la irregularidad del motivo relativo al criterio de adjudicación no automático consistente en «Análisis del proyecto».

1. Alegaciones de la federación recurrente.

FADECO alega que el criterio de adjudicación susceptible de juicio de valor establecido en el apartado 1.6 del anexo al cuadro resumen, referido al "*Análisis del proyecto*" es, a su parecer, irregular y especialmente, las consecuencias que se vislumbran para el caso de que, durante la ejecución de las obras, se detecten errores en el proyecto que no fueron puestos de manifiesto en la oferta previa a la adjudicación, en la medida que en el criterio se indica que la información que, a tal efecto facilite la persona contratista adjudicataria, *"restará valor a otras posibles reclamaciones que hiciera en el desarrollo de las obras por la calidad del proyecto".*

En el recurso se insiste que la responsabilidad de la correcta redacción del proyecto es únicamente del proyectista y promotor de las obras, por lo que el coste derivado de los defectos en el proyecto corresponde a la entidad contratante sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de reclamar al proyectista su posible responsabilidad, recayendo sobre el contratista los riesgos derivados de la correcta ejecución del proyecto aprobado.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe del órgano de contratación manifiesta que, para evitar incertidumbres y en aras al principio de seguridad jurídica y máxima transparencia, ha considerado procedente publicar una Resolución de rectificación de errores materiales para aclaración del apartado 6.4.1.3. del PCAP rubricado *"Análisis del Proyecto"*, poniéndola en conocimiento de los interesados mediante su publicación en el perfil del contratante con fecha 14 de febrero de 2023.

En la mencionada resolución de rectificación -indica el informe- se recoge lo siguiente: «*Declarar en el PCAP que* "*la información aquí facilitada por la persona contratista adjudicataria de la obra, se entenderá como cumplimiento del deber de buena fe y de colaboración con la Administración conforme al apartado 27 de este PCAP, y restará valor a otras posibles reclamaciones que hiciera en el desarrollo de las obras por la calidad del Proyecto", no tiene mayores consecuencias jurídicas, sino que este órgano de contratación, si durante la ejecución de la obra, tuviera constancia de errores del proyecto, procederá a su tramitación conforme al procedimiento legalmente establecido, bien sea mediante modificación del contrato, liquidación final de obra o cualquier otra figura jurídica que pudiera corresponder».*

Por ello, el órgano concluye que ha quedado suficientemente aclarado el tratamiento que se dará a posibles reclamaciones que se puedan plantear durante la ejecución de las obras por posibles errores, indefiniciones o deficiencias del proyecto, que será el legalmente establecido en función de cada caso concreto, oponiéndose a la anulación del criterio relativo al "*Análisis del Proyecto*" al haberse definido previamente los aspectos de valoración, y quedar perfectamente definidas, a su entender, las reglas que servirán de pauta y límite al mismo tiempo para la puntuación de las ofertas y su ponderación, siendo conocidos todos estos aspectos por los licitadores mediante su publicación.

3. Consideraciones del Tribunal.

FADECO impugna el contenido del apartado 1.6 del cuadro resumen, y en concreto, del inciso relativo a que "*se restará valor a otras posibles reclamaciones que hiciera en el desarrollo de las obras por la calidad del Proyecto".* No obstante, con posterioridad a la interposición del presente recurso especial, han acontecido determinadas actuaciones procedimentales cuya conformidad a derecho vamos a analizar, en primer lugar, con independencia de que hayan de ser tenidas en consideración por su trascendencia en el objeto de aquel, con relación al criterio de adjudicación controvertido y al motivo de impugnación planteado en el recurso.

Así pues, conforme al artículo 56.2 de la LCSP, una vez notificado al órgano de contratación la interposición del recurso especial, la entidad, órgano o servicio que lo hubiere tramitado deberá remitirlo dentro de dos días hábiles acompañado del correspondiente informe sobre el fondo del recurso.

Conforme a lo expuesto en los antecedentes de la presente Resolución, el órgano de contratación tuvo conocimiento de la interposición del recurso, el mismo día de entrada del recurso especial en este Tribunal, 9 de febrero de 2023, y una vez notificada la interposición del recurso y reclamado el expediente -que tuvo que ser reiterado-con fecha 14 de febrero de 2023, publica en el perfil del contratante -el mismo día de la remisión de parte del expediente- una Resolución de «rectificación de errores materiales para aclarar el apartado 6.4.1.3 rubricado "*Análisis del proyecto*" del PCAP del expediente PA 55/22 para la contratación de las obras de terminación del nuevo edificio de consultas externas del Área Materno Infantil del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, perteneciente a la Central Provincial de Compras de Córdoba, financiado un 100% con fondos europeos REACTEU/FEDER mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas».

El dictado de la citada Resolución se justifica por el órgano de contratación para evitar incertidumbres, en aras al principio de seguridad jurídica y máxima transparencia, y aclarar el inciso incluido en la cláusula 6.4.1.3. referido a la documentación electrónica que ha de presentarse en el sobre nº 2, para valoración de los criterios no automáticos o juicios de valor, en el subapartado 6, rubricado ANÁLISIS DEL PROYECTO relativo a que *"la información aquí facilitada por la persona contratista adjudicataria de la obra, se entenderá como cumplimiento del deber de buena fe y de colaboración con la Administración conforme al apartado 27 de este PCAP, y restará valor a otras posibles reclamaciones que hiciera en el desarrollo de las obras por la calidad del Proyecto".* La aclaración consiste en declarar en el PCAP que el inciso transcrito no tiene mayores consecuencias jurídicas, sino que, si durante la ejecución de la obra, el órgano de contratación tuviera constancia de errores del proyecto, procederá a su tramitación conforme al procedimiento legalmente establecido, bien sea mediante modificación del contrato, liquidación final de obra o cualquier otra figura jurídica que pudiera corresponder.

Pues bien, dicha actuación del órgano esta fuera de toda ortodoxia procedimental y es censurable en la medida que, habiendo tenido conocimiento de la interposición del recurso, y estando la cuestión pendiente de enjuiciamiento por parte de este Tribunal, no debió realizar actuación *ad extra* alguna, por la vía de la rectificación material, estándole vetado cualquier actuación salvo que se hubiese allanado a la pretensión de la recurrente, y así lo hubiere puesto de manifiesto ante este Tribunal a la hora de remitir el informe.

Por tanto, y sin que este Tribunal prejuzgue la validez de la "rectificación" operada –ni desde el punto de vista procedimental ni sustantivo- al no ser objeto de la presente controversia, lo cierto es que, con independencia de que dicha actuación por la vía de la rectificación le estaba vetada al órgano de contratación, por la litispendencia de la cuestión sometida al conocimiento de este Tribunal, la Resolución del órgano de contratación dictada aclara la cuestión suscitada en los estrictos términos en que aparece articulado el recurso, que incidía en la necesidad de que el criterio impugnado no permitiese eludir la responsabilidad de la correcta redacción del proyecto que ha de recaer, en todo caso, sobre la Administración proyectista.

Ello aboca a la pérdida sobrevenida del objeto del recurso respecto al motivo aquí examinado. Sobre la inadmisión del recurso por pérdida sobrevenida del objeto existe doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales. Entre ellas, cabe citar las Resoluciones 271/2020 de 30 de julio, 277/2020 de 6 de agosto y 302/2020, de 10 de septiembre.

En cualquier caso, pese a la inadmisión del motivo alegado por la pérdida sobrevenida del objeto, la estimación del primero de los motivos analizados aboca a la estimación del presente recurso con la consecuente anulación de los pliegos.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el PCAP, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA DE EMPRESARIOS DE LA CONSTRUCCIÓN** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y demás documentación que rige la licitación del contrato denominado «Contratación de las obras de terminación del nuevo edificio de Consultas Externas del Área Materno Infantil del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, perteneciente a la Central Provincial de Compras de Córdoba financiado un 100% con fondos europeos REACT-EU/FEDER mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas»(Expediente1286/2022) y en consecuencia, anular dicho pliego en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los restantes actos relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento la medida cautelar de suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 15 de febrero de 2023.

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

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

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