



Recurso nº 29/2015 C.A. Galicia 8/2015

Resolución nº 130/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 6 de febrero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. F.-E. y M. T., en representación de la mercantil **SERVICIOS Y MATERIALES, S.A.**, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación del contrato para la prestación de servicios de gestión integral de la ejecución de los servicios complementarios precisos para la ejecución de la programación cultural y de las actividades del Instituto Municipal Coruña Espectáculos; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Coruña de fecha 10 de diciembre de 2014 y Diario Oficial de Galicia de fecha 8 de enero de 2015, el Instituto Municipal Coruña Espectáculos (en adelante IMCE) convocó licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación de la prestación de servicios de gestión integral de la ejecución de los servicios complementarios del IMCE, por un valor estimado de 3.094.644,00 euros.

Segundo. La recurrente, **SERVICIOS Y MATERIALES, S.A.**, en cuanto interesada en la licitación, considera que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) incurren en nulidad de pleno Derecho en alguna de sus cláusulas, en concreto la relativa a los criterios de valoración de la documentación a incluir por los licitadores en el sobre B, por permitir a la Mesa de Contratación que pueda atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecido con antelación, siendo así que el



Pliego no concreta los elementos concretos a ponderar, y por permitir a los licitadores la inclusión de mejoras en la memoria técnica que no se especifican en el Pliego, no incluyéndose tampoco normas sobre su concreta valoración. Todo ello con base en los preceptos que a lo largo del escrito de interposición del recurso se citan en su defensa, fundamentalmente los arts. 147 y 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en diversa jurisprudencia, con cita de varias Resoluciones de este Tribunal. Con base en lo anterior solicita se declare la nulidad de todo el proceso de licitación llevado a cabo hasta el momento o, subsidiariamente, de la cláusula del PCAP que determina la valoración de la memoria técnica a incluir en el sobre B.

Tercero. Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en lo que interesa a este recurso, establece en el apartado 11, dentro de la documentación a presentar en el sobre B, lo siguiente:

“DOCUMENTACIÓN PONDERABLE A TRAVÉS DE JUICIOS DE VALOR

Incluirá aquellos documentos que sean precisos para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor:

Memoria técnica (máximo 40 puntos).-

La memoria técnica deberá ser expresiva de la organización y ejecución prevista de las tareas precisas para la correcta gestión del servicio y como elemento con relevancia para la adjudicación obligará al licitador y formará parte del contrato a todos los efectos. En esta memoria el licitador no deberá limitarse a describir la prestación actual del servicio, sino que tiene la libertad de incluir cualesquiera datos relacionados con el objeto contractual que considere precisos, para justificar la mejor valoración y comprensión del contenido de su propuesta, según los criterios determinados en el Pliego y los contenidos en la vigente normativa y principios de estabilidad presupuestaria. Explícitamente deberá contemplar de modo coordinado con el plan operativo que aporte o formando parte del mismo, un estudio organizativo del servicio que integre la metodología de los trabajos y servicios a prestar, con los manuales de procedimiento para su prestación.



Por tanto, por parte de los licitadores deberá aportarse una memoria técnica con los elementos que consideren oportunos para la valoración global de sus propuestas de prestación de los servicios por parte del IMCE, explicando en la misma el planteamiento de la empresa sobre la organización del servicio, que serán objeto de valoración ponderada. La mesa de contratación puede atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios, el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el Pliego de condiciones, siempre que tal decisión no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el Pliego, no contenga elementos que de haber sido conocidos en el momento de preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, y no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

En la memoria, el licitador deberá efectuar una descripción, a tenor del carácter de contrato de gestión integral, de la forma y modo en que, si resulta adjudicatario, va a responsabilizarse por sí mismo y ante el IMCE, del cumplimiento íntegro y satisfactorio de la totalidad de las prestaciones objeto del contrato.

Los licitadores, deberán describir en la memoria, con el grado suficiente de trabazón interna, y coherencia en la misma, la justificación de la disposición de la organización, medios técnicos, materiales y humanos suficientes, que permitan al licitador, la acometida y realización de la totalidad de los diferentes servicios que constituyen el objeto contractual, respondiendo con su propia organización, incluso de aquéllos que deban o puedan ser subcontratados.

Si la memoria contiene mejoras respecto a las previsiones básicas de los Pliegos, deberán ser objeto de evaluación económica por el licitador y señalarse el plazo y condiciones de la implantación de las mismas.

Por lo tanto en la memoria, en su conjunto, deberá justificarse suficientemente, la coherencia y adaptación de la estructura empresarial a la naturaleza y características del objeto del contrato y de sus diferentes prestaciones.



Al mismo tiempo en la memoria técnica, en los apartados y con la argumentación procedentes, deberá explicitarse respecto a la organización del personal y la ejecución del contrato las previsiones de la empresa a los efectos de lo preceptuado en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Legislativo 20/2012 de 13 de julio, para la evitación de actos que puedan considerarse determinantes para el reconocimiento de una relación laboral entre el IMCE y los trabajadores de la empresa adjudicataria, y sin perjuicio de las facultades que el TRLCSP reconoce al órgano de administración, en orden a la ejecución de los contratos.

En la oferta, en el plan operativo descrito en la memoria, debe aparecer con el mayor detalle posible, la planificación, gestión y administración, de los diferentes servicios y funciones que constituyen el objeto del contrato, así como su funcionamiento en conjunto, para el grupo de dependencias en que se prestan.

El plan operativo antes mencionado, deberá tener el contenido mínimo siguiente:

Modelo organizativo que se pretende implantar, organigrama de puestos de trabajo y funciones con sus relaciones entre ellos, así como sus cometidos y responsabilidades, teniendo en cuenta las características de los diferentes equipamientos y dependencias objeto del contrato (Teatro Rosalía de Castro, Coliseum, Agora y Forum Metropolitano y actividades en la calle y otros espacios públicos).

Se hace constar, para conocimiento de los licitadores, que sólo con carácter excepcional se vienen realizando espectáculos y actividades por parte del IMCE en el Palacio de la Opera, gestionado por una concesionaria, y teniendo por lo tanto las actividades del IMCE un carácter residual en el inmueble referido, tal y como en el cuadro de estimación de necesidades para el año 2015 se recoge para conocimiento de todos los licitadores y a fin de que puedan realizar fundadamente sus ofertas”.

Sobre los criterios de valoración para valorar la memoria técnica, se señala a continuación lo siguiente:

“La valoración de la memoria técnica se efectuará conforme se señala, valorándose en cada uno de los apartados de la memoria, y a la vista de la totalidad de la misma, la



coherencia con la metodología propuesta, la capacidad de innovación y de mejora del servicio, la viabilidad y validez de los planteamientos técnicos y la respuesta a desfases o imprevistos.

1.1.- Programación de los servicios (máximo 10 puntos).-

En este apartado de la memoria se deberá definir el protocolo a seguir en todos los tipos de servicios contemplados, incluyendo en el grado que se estime procedente por el licitador la integración del mantenimiento preventivo y correctivo de los mismos, con las tareas y periodicidad propuestas y el calendario previsible. Debe explicitarse la coherencia y conocimiento claro de la prestación de los servicios en su conjunto con el compromiso de cumplimiento de los tiempos de respuesta y con los modelos para el seguimiento, desarrollo y control del contrato, y desde una dimensión prospectiva de la prestación del servicio y no una mera enumeración de su funcionamiento.

En este apartado debe describirse de modo general y detallado, las principales funciones objeto del contrato, desde el punto de vista particular del licitador, con la descripción de las actuaciones para el control de las principales, singulares y problemáticas a destacar entre las actividades y servicios objeto del contrato.

Puede señalarse por el licitador en este apartado, las posibles subcontratas, especificando claramente la previsión de trabajos en función de las diferentes actividades.

Al mismo tiempo en este apartado deberán reseñarse los criterios vinculados a la definición, descripción del servicio y metodología propuesta para la prestación del mismo, desde una concepción integral, incluyendo las propuestas de mejora para una mayor eficacia y eficiencia que se estimen por los licitadores.

El plan operativo, constituirá uno de los elementos fundamentales de evaluación y deberá reflejarse tanto en este apartado 1.1, como en el 1.2, que figura seguidamente.

1.2.- Medios técnicos y humanos (máximo 10 puntos).-



En este apartado de la memoria, se definirá por el licitador el organigrama de la estructura funcional que propone para la prestación del servicio, con especial mención a las funciones a realizar por el personal que vaya a desempeñar la prestación de los servicios, señalando su titulación, acreditaciones técnicas y en su caso, experiencia.

Igualmente en este apartado, deberán explicitarse los medios materiales que pone el licitador a disposición del IMCE para la prestación del servicio, valorando el cumplimiento de los mínimos exigidos en el Pliego, y mencionando igualmente cuantos medios técnicos y humanos, integrados en su estructura empresarial vaya a destinar a la ejecución del contrato, directos o indirectos, debiendo acreditarse su existencia y su estructura empresarial o su integración con medios externos. Deberá igualmente explicitarse si existe en la estructura empresarial del licitador y lo incluye en su propuesta, la gestión del servicio en colaboración con el IMCE en los ámbitos de apoyo técnico de consultoría en la gestión de los recursos humanos, prevención de riesgos, laborales y de seguridad social etc.

Asimismo, deberá efectuarse una descripción detallada de los diferentes equipos de trabajo encargados de la realización del contrato y mención a las instalaciones propias del licitador a disposición del contrato. Deberá efectuarse también una referencia a la flexibilidad funcional de la organización para justificar la capacidad de respuesta inmediata a las necesidades de proyectos y actividades del IMCE, sistemas de comunicación y canales etc., tanto de los existentes en la empresa como los directamente adscritos específicamente para estos servicios, si resulta adjudicataria la empresa licitadora.

Igualmente deberá definirse en su caso, la disposición de maquinaria especializada para la realización del contrato, aportando la relación detallada de la misma y en su caso, la puesta a disposición de vehículos y otros medios más allá de las exigencias mínimas contenidas en el Pliego.

En este apartado, se valorarán las características de los medios técnicos y humanos y el grado de detalle de la explicación de la propuesta de prestación. Se vincularán como subcriterios los vinculados a los recursos personales y materiales destinados a la



prestación del servicio, incluyendo los programas de gestión, centro de atención al cliente, de servicio de respuesta e información permanente, formación del personal, etc.

La empresa adjudicataria deberá explicitar en la memoria la garantía y el compromiso que contrae de efectuar la formación de su personal para operar con los equipos de los que dispone el IMCE, o que pueda adquirir en el futuro para la mejora de los servicios e instalaciones, en un proceso de mejora continua y de calidad de los servicios.

1.3.- Plan de control y calidad de la prestación de los servicios y ampliación de la responsabilidad civil (máximo 10 puntos).-

Deberá definirse con suficiente extensión el plan de control y registro de la calidad de la prestación de los servicios. En esta parte de la memoria deberá señalarse, el plan de autocontrol de la calidad, identificando claramente las unidades a controlar, su frecuencia de control y los valores que supondrán el rechazo de las mismas y la posibilidad de obtención de acreditación de certificación normalizada (ISO u otras) para la prestación de los servicios, así como el compromiso de cumplimiento de la normativa de calidad para las diferentes dependencias del IMCE, donde se prestarán los servicios, justificando la implementación de las medidas precisas para la obtención y el cumplimiento de la normativa de calidad.

Además deberá expresarse en esta parte de la memoria la propuesta de colaboración con el IMCE en el mantenimiento preventivo y correctivo de servicios e instalaciones, justificando en la memoria el ahorro o mejora en términos de eficiencia y eficacia, que represente para el IMCE la modalidad de gestión propuesta respecto a la actual.

En este punto asimismo, deberá además justificarse, si el licitador lo estima procedente para su valoración, la existencia o el compromiso de un seguro de responsabilidad civil frente a los daños de cualquier clase que sean imputables por acción u omisión al contratista, con mención expresa del importe en euros por posible siniestro (cantidad máxima asegurada por siniestro) por encima de las previsiones mínimas exigidas en el Pliego con carácter obligatorio.

1.4.- Implantación del sistema de gestión medioambiental (máximo 5 puntos).-



Se valorará en este apartado la definición que se efectúe en la memoria de las medidas a adoptar durante la prestación de los servicios, tanto para garantizar la seguridad de los trabajadores, como específicamente la organización de la participación y formación de los trabajadores, adecuación a la legislación y buenas prácticas ambientales y medidas de ahorro energético y de adecuación a la legislación que se propongan por el licitador para la ejecución de los servicios.

1.5.- Plan de prevención de riesgos laborales y actuaciones en este ámbito (máximo de 5 puntos).-

En esta parte de la memoria, se describirán las medidas a adoptar durante la ejecución de los servicios para garantizar la seguridad de los trabajadores afectos a los mismos, valorando especialmente, la organización de la prevención, sistemas de participación y formación de los trabajadores, propuesta de las medidas a tomar ante una situación de emergencia y medidas específicas de adecuación a la legislación; también puede incluirse en este apartado la planificación de los trabajos, desde el punto de vista de la seguridad, así como la existencia de un plan de prevención de riesgos laborales detallado, para las diferentes actuaciones a desarrollar en el contrato y el nombramiento de un técnico responsable en materia de seguridad y salud. Deberá describirse la metodología de implantación de un sistema de prevención para los servicios objeto de licitación”.

Cuarto. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó informe en el que considera, por los motivos que expone, que el Pliego es plenamente conforme a Derecho y se adecúa a lo previsto en el TRLCSP y en sus Reglamentos de desarrollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de



Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) y en la Resolución de 7 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio de Colaboración con la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales a este Tribunal (BOE 25 de noviembre de 2013).

Segundo. La mercantil SERVICIOS Y MATERIALES, S.A. tiene legitimación para interponer el presente recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP según el cual *“podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Tercero. El recurso se interpone contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regirán la licitación del Contrato para la prestación de servicios de gestión integral de la ejecución de los servicios complementarios precisos para la ejecución de la programación cultural y de las actividades del Instituto Municipal Coruña Espectáculos.

Dispone el apartado 2 del citado artículo 40 TRLCSP lo siguiente: *“Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores. c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”*. Por tanto, el recurso se interpone de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 a) frente a un acto susceptible de dicho recurso.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido al efecto en el artículo 44 TRLCSP.

Quinto. SERVICIOS Y MATERIALES, S.A. alega en esencia nulidad de la cláusula del PCAP que regula la valoración que va a darse a la memoria técnica a incluir por los

licitadores en el sobre B, relativo a la documentación cuya valoración está sujeta a juicio de valor, y ello básicamente por dos razones: la primera, por permitir a la Mesa de Contratación la posibilidad de atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecido con antelación, siendo así que el Pliego no concreta los elementos concretos a ponderar, lo que determina que vaya a ser la Mesa la que, con posterioridad a la presentación de ofertas y, por tanto, vulnerando el principio de igualdad entre licitadores y transparencia en la contratación, decida la forma de valorar los elementos de la memoria técnica que van a ser objeto de ponderación de acuerdo con el Pliego; y la segunda, por permitir el Pliego que los licitadores incluyan mejoras en la memoria, sin que el Pliego especifique el tipo de mejora a incluir ni tampoco la forma en que dichas mejoras van a ser valoradas.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe remitido con el expediente, niega la concurrencia de tales supuestas infracciones. En primer lugar, porque cierto es que el Pliego permite que la Mesa pueda atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación, si bien se trata siempre de una atribución referida a un criterio de adjudicación previamente delimitado, y a su vez se condiciona esta facultad de la Mesa a que tal decisión: a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el Pliego de condiciones, b) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, y c) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efectos discriminatorios en perjuicio de alguno de los licitadores. En segundo lugar, y en lo que a las mejoras se refiere, el órgano de contratación diferencia entre las mejoras previstas en el Pliego a incluir en el sobre B, es decir, en la memoria técnica, señalando al efecto que basta con leer el Pliego de Prescripciones Técnicas para que los licitadores puedan conocer las prestaciones mínimas objeto del servicio a contratar y, con base en estas prestaciones, puedan ofrecer mejoras, siendo su evaluación sencilla por cuanto se tomarán en cuenta, según los casos, las condiciones económicas, el plazo o las condiciones propias respecto de la mejora propuesta. En cuanto a las mejoras a incluir en el sobre C, mayor número de horas a ofrecer por el licitador, el órgano de contratación se remite a la cláusula 17 *in fine* del Pliego en que se regulan las pautas de valoración de esta mejora.

Sexto. Expuestas así las posturas de las partes, debe analizarse la legalidad del Pliego en lo que a la valoración de la memoria técnica, a incluir en el sobre B, se refiere. A este respecto debe comenzar aclarándose que la regulación de las mejoras a incluir en el sobre C, consistentes en mayor número de horas ofertadas sin coste, si bien se menciona por el órgano de contratación en su informe para defender su conformidad a Derecho, no ha sido cuestionada por la recurrente. SERVICIOS Y MATERIALES, S.A. considera que el régimen de mejoras es disconforme a Derecho, si bien referido única y exclusivamente a la regulación de las mejoras que los licitadores pueden incluir en el sobre B, es decir, las que pueden proponer dentro de la memoria técnica.

Hecha esta aclaración, deben analizarse dos cuestiones: en primer lugar si la atribución a la Mesa de contratación de la facultad de atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación en la valoración de la memoria técnica a incluir en el sobre B por los licitadores es o no conforme a Derecho, y en segundo lugar si la regulación de las mejoras a incluir en este apartado es o no válido.

Comenzando por la primera de las cuestiones expuestas, debe señalarse que la posibilidad, a nivel teórico, de que la Mesa de Contratación pueda atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecido previamente en el Pliego al valorar la documentación presentada por el licitador sujeta a juicio de valor, como ya reconoce en este punto la mercantil recurrente, ha sido declarada válida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C 331/04 (ATI EAC Y VIAGGI DI MAIO), que admite esta facultad de la Mesa en interpretación de los arts. 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/28, siempre que el ejercicio de tal facultad respete el triple límite antes mencionado, y que reproduce el Pliego ahora examinado, a saber: a) que no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones, b) que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, y c) que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. Y es que la facultad que recoge el Pliego es válida en abstracto considerada, debiendo valorarse su idoneidad en la previa determinación de los criterios de adjudicación. De modo que si los criterios de adjudicación están detallados en el Pliego y tienen un nivel de concreción suficiente como

para que la Mesa, al atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación, no esté realmente definiendo el propio criterio (supuesto en que no se cumpliría con la limitación que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone a esta facultad), la atribución de un peso específico por la Mesa a elementos secundarios del criterio de adjudicación sería válida, no así si los criterios de adjudicación carecen de la suficiente delimitación en el Pliego. Es decir, no debe tanto analizarse que el Pliego permita a la Mesa el ejercicio de esta facultad, sino si el Pliego define los criterios de adjudicación con la suficiente concreción como para que la previsión del ejercicio de esta facultad por la Mesa deba ya, anticipadamente, declararse disconforme a Derecho.

Sobre esta cuestión, el artículo 150 del TRLCSP impone con carácter general el conocimiento detallado de los criterios de valoración de las ofertas con carácter previo a su presentación:

"Criterios de valoración de las ofertas (...)

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...)

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse (...)"

En particular, por lo que se refiere a la concreción exigible a los pliegos de contratación, la doctrina de este Tribunal, ha sido recientemente resumida en resolución nº 575/2014, que al efecto ha señalado: *“Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación. Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Abundando en tal consideración, en la Resolución nº 102/2013, de 6 de marzo señalábamos que su determinación no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o de la comisión técnica que le asista adoptada con posterioridad a la apertura de las ofertas, puesto que ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes. Citábamos entonces lo dispuesto en el artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. [...] Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia”. De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que como norma general se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación puede hacerse fijando una banda de valores que debe reunir como requisito esencial tener una amplitud adecuada. Con este último requisito, pone de manifiesto el legislador que tampoco en este punto es admisible una total discrecionalidad en el órgano de contratación. Como indica el precepto transcrito, la*

banda de valores debe tener una amplitud “adecuada”. Bien es cierto que este término tiene la condición de concepto jurídico indeterminado y, por consiguiente, que es prácticamente imposible concretar a priori cuál debe ser esa amplitud. Pero, al menos, su exigencia nos dice que, por deber ser “adecuada”, la facultad del órgano de contratación para fijar tal amplitud no es ilimitada, es decir no es discrecional”. Por tales razones, y como se concluía asimismo en la resolución citada, la falta de concreción de las puntuaciones en los pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta supone un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) LRJPAC por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE). Entrando, por consiguiente, en franca colisión con todos los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. En la misma línea de razonamiento, en la Resolución nº 65/2013, de 6 de febrero, indicábamos: “Ante supuestos similares de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria), “los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”. Y concluye que “La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.

De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios. En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas.

En el Pliego ahora examinado, la descripción de los criterios de adjudicación se hace de la forma expuesta en el antecedente tercero, distinguiéndose entre:

1.1.- Programación de los servicios (máximo 10 puntos).

1.2.- Medios técnicos y humanos (máximo 10 puntos).

1.3.- Plan de control y calidad de la prestación de los servicios y ampliación de la responsabilidad civil (máximo 10 puntos).

1.4.- Implantación del sistema de gestión medioambiental (máximo 5 puntos).

1.5.- Plan de prevención de riesgos laborales y actuaciones en este ámbito (máximo de 5 puntos).

Dejando al margen la ampliación de la responsabilidad civil que se hace en el apartado 1.3, y cuyo análisis se hará en el siguiente fundamento de Derecho por cuanto constituye

una mejora, debe reconocerse que el pliego de condiciones atribuye una ponderación a cada uno de los criterios a valorar, en bandas de puntuación que, según el criterio, alcanzan un margen de entre 0 y 10 puntos en unos casos o de entre 0 y 5 puntos para otros. En cada criterio de adjudicación, asimismo, se incluye una descripción más o menos concreta y detallada de su contenido, por lo que de acuerdo con los requisitos previstos en el art. 150 del TRLCSP no se aprecia infracción de las reglas aplicables a la determinación de los criterios de adjudicación en el pliego de condiciones impugnado. Debe reconocerse, por ello, que el órgano de contratación actuó dentro de los límites de la discrecionalidad técnica amparados por la norma para la fijación de los criterios de adjudicación, sin apreciar arbitrariedad, discriminación, error material o de procedimiento en la definición de los criterios y en la ponderación que a cada uno se atribuye. Los criterios están suficientemente delimitados y descritos en el pliego de condiciones de manera que el Tribunal aprecia que las medidas que se valoran son conocidas de forma suficiente por los licitadores sin incurrir en la indeterminación denunciada.

Por ello, llegada a la conclusión anterior, no puede declararse a priori no conforme a Derecho la facultad de la Mesa de atribuir peso específico a diferentes elementos secundarios de un criterio de adjudicación, pues tal posibilidad se prevé con los límites de no alterar la igualdad entre licitadores y la transparencia en la licitación. De modo que su previsión es correcta. Otra cosa será analizar, si la Mesa hace uso de esta facultad, si efectivamente ha respetado el triple límite que contempla el Pliego, pero en tal caso se enjuiciará no la validez del Pliego, sino del ejercicio de esta facultad en la valoración de las ofertas.

Debe, pues, declararse la conformidad a Derecho de la descripción de los criterios de adjudicación que hace el Pliego y de la atribución a la Mesa de contratación de la facultad de ponderar criterios secundarios siempre con la limitación que el propio Pliego recoge.

Séptimo. En segundo lugar se alega nulidad de pleno derecho del Pliego por permitir que los licitadores incluyan mejoras en la memoria, sin que el Pliego especifique el tipo de mejora a incluir ni tampoco la forma en que dichas mejoras van a ser valoradas.

Por su parte el órgano de contratación señala al efecto que basta con leer el Pliego de Prescripciones Técnicas para que los licitadores puedan conocer las prestaciones mínimas objeto del servicio a contratar y, con base en estas prestaciones, puedan ofrecer mejoras, siendo su evaluación sencilla por cuanto se tomarán en cuenta, según los casos, las condiciones económicas, el plazo o las condiciones propias respecto de la mejora propuesta.

El artículo 147 del TRLCSP, sobre la admisibilidad de variantes o mejoras establece que *“cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente esa posibilidad”*. El apartado 2 de este precepto exige imperativamente la precisión en el anuncio de licitación de los elementos y las condiciones en que queda autorizada la presentación de mejoras: *“La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”*.

Debe afirmarse, por tanto, que el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan -Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012)- el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GmbH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia

TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego.

Pues bien, el Pliego recoge claramente la posibilidad de incluir mejoras en la memoria técnica, tanto implícitamente cuando señala: *“En esta memoria el licitador no deberá limitarse a describir la prestación actual del servicio, sino que tiene la libertad de incluir cualesquiera datos relacionados con el objeto contractual que considere precisos, para justificar la mejor valoración y comprensión del contenido de su propuesta, según los criterios determinados en el Pliego y los contenidos en la vigente normativa y principios de estabilidad presupuestaria”*, como de manera más explícita cuando, utilizando literalmente el término de “mejora”, señala: *“Si la memoria contiene mejoras respecto a las previsiones básicas de los Pliegos, deberán ser objeto de evaluación económica por el licitador y señalarse el plazo y condiciones de la implantación de las mismas”*. Asimismo, cuando a continuación determina los criterios de valoración de la documentación de la memoria técnica contempla una mejora concreta en el apartado 1.3 cuando dispone que *“...si el licitador lo estima procedente para su valoración, la existencia o el compromiso de un seguro de responsabilidad civil frente a los daños de cualquier clase que sean imputables por acción u omisión al contratista, con mención expresa del importe en euros por posible siniestro (cantidad máxima asegurada por siniestro) por encima de las previsiones mínimas exigidas en el Pliego con carácter obligatorio”*.

Resulta así que a lo largo de la exposición del contenido de la memoria técnica y de la regulación de los criterios de valoración, se admite en el Pliego la inclusión de mejoras indeterminadas (a salvo la consistente en la ampliación del seguro de responsabilidad civil por daños a terceros), sin incluir en ningún apartado del Pliego los criterios para valorar dichas mejoras. No se explicitan en el Pliego sobre qué elementos concretos pueden presentarse mejoras (dejando a salvo la mejora de la ampliación del seguro civil por daños a terceros), ni tampoco en ningún caso cómo serán ponderadas como criterio de adjudicación. Luego no solo los licitadores, al presentar sus ofertas, no saben qué contenidos van a poder ser valorados como mejora, sino que tampoco, en tal caso, conocen de antemano los criterios para su valoración. Ello, conculca claramente el art. 147 del TRLCSP y la jurisprudencia antes citada.

Octavo. Respecto de los efectos que debe producir sobre la licitación la anterior conclusión, también se ha pronunciado reiteradamente este Tribunal. En la Resolución 69/2012, de 21 de marzo, con apoyo en la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, - asunto C-532/06, consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros -, concluimos que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho “... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”. Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente la forma de acreditar las mejoras a considerar y las pautas para su valoración, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. En el mismo sentido, en la Resolución nº 302/2011, 14 de diciembre, decíamos que: “la introducción de variantes o mejoras como criterio de adjudicación exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o, en su caso, en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas. Así ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH”. Como también señalábamos en nuestra resolución 65/2013, de 6 de febrero, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Como ha declarado el TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) “los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”. Todo ello, con la finalidad de que todos los

licitadores tengan ocasión de ponderar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que van a ser valorados, para evitar que la indefinición de las mejoras y su ponderación les impida poder formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad, de acuerdo a sus características y potencial empresarial y sus estrategias, dentro del principio de libertad de mercado, infringiendo los artículos 1, 147 y 150 del TRLCSP. En consecuencia, y como ya tuvimos la oportunidad de decir en otras muchas resoluciones (507/2013, de 14 de noviembre) procede declarar nula la cláusula contenida en el apartado 11, al describir el contenido y reglas de valoración del sobre B, por cuanto a lo largo de su redacción se reconoce la posibilidad de los licitadores de introducir mejoras sin indicar sobre qué elementos (salvo la mejora referida a la ampliación del seguro civil de daños) y en qué condiciones queda autorizada su presentación. Ello no entra en contradicción con lo expuesto más arriba sobre la conformidad a Derecho de los criterios de valoración que se establecen en el Pliego, ni sobre la legalidad de la previsión de que la Mesa de contratación pueda atribuir al valorar un peso específico a alguno de los elementos secundarios o subcriterios con los límites que en el Pliego se recogen, si bien que estando redactada esta cláusula conjuntamente con la admisión de mejoras, no procede sino declarar la nulidad de toda la cláusula, al ser el régimen de mejoras contrario a lo dispuesto en el art. 147 del TRLCSP. Ello determina asimismo la nulidad de todo el proceso de licitación que se haya podido llevar a cabo hasta el momento.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. M. F.-E. y M. T., en representación de la mercantil SERVICIOS Y MATERIALES, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación del contrato para la prestación de servicios de gestión integral de la ejecución de los servicios complementarios precisos para la ejecución de la programación cultural y de las actividades del Instituto Municipal Coruña Espectáculos, declarando la nulidad del

apartado 11, en lo que a la redacción del contenido y normas sobre valoración a incluir en el sobre B se refiere, por prever mejoras sin especificar ni exteriorizar los criterios a considerar para su admisión y valoración que vulneran el principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores y transparencia que impide a éstos la formulación adecuada de sus ofertas y, en consecuencia, declarando asimismo la nulidad de todo el proceso de licitación que se haya llevado a cabo hasta el momento.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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