



**Recurso nº 551/2018 C. Valenciana 138/2018**

**Resolución nº 648/2018**

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

En Madrid, a 6 de julio de 2018.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. V. M. P., en representación de la mercantil CLECE S.A. y por D. P. L. R. B., en representación de FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L., contra el acuerdo de adjudicación decretado en el procedimiento de “*Servicio de limpieza de los centros y dependencias de la Excma. Diputación de Alicante, Fundación de la Comunidad Valenciana MARQ, Fundación de la Comunidad Valenciana Auditorio de la Diputación de Alicante (ADDA) y Organismo Autónomo Instituto de la Familia Dr. Pedro Herrero*” expte. A16-092-16, convocado por la Diputación Provincial de Alicante, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Con fecha 14 de marzo de 2017 se envió al Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del expediente de contratación “*Servicio de limpieza de los centros y dependencias de la Excma. Diputación de Alicante, Fundación de la Comunidad Valenciana MARQ, Fundación de la Comunidad Valenciana Auditorio de la Diputación de Alicante (ADDA) y Organismo Autónomo Instituto de la Familia Dr. Pedro Herrero*” convocado por la Diputación de Alicante. Dicho anuncio fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 4 de abril de 2017, en el B.O.E. el día 4 de abril de 2017 y en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante el 16 de marzo de 2017. La fecha límite para la presentación de proposiciones quedó señalada hasta las 13:00 horas del día 21 de abril de 2017.



**Segundo.** El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada a adjudicar mediante procedimiento abierto prevenía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y las normas de desarrollo de la Ley.

**Tercero.** El valor estimado del contrato se anunció por un total de 15.103.813,68 € sin división del objeto del contrato, con una duración de dos años prorrogable por otros dos años más.

**Cuarto.** Presentaron proposiciones a la licitación reseñada, varias empresas relacionadas en un certificado emitido por el Departamento de Contratación de la Excma. Diputación de Alicante. La relación de licitadores es la siguiente:

- FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.,
- UTE TIZOR HORMIGONES Y ASFALTOS, S.L. y ENRIQUER ORTIZ E HIJOS CONTRATISTA DE OBRAS, S.A.,
- EULEN, S.A.,
- U.T.E. AGLOMERADOS LOS SERRANOS, S.A.U. y LIMPIEZAS LA PARISIEN, S.L.,
- SOLDENE, S.A.,
- ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U.,
- VALORIZA FACILITIES, S.A.U.,
- U.T.E. FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L. y CLECE, S.A.,
- OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.,
- ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L.,



- FERROVIAL SERVICIOS, S.A., y

- KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.

**Quinto.** Reunida la mesa de contratación el 2 de mayo de 2017 con el fin de analizar la documentación administrativa presentada por las licitadoras, admite a la licitación a unas y a otras, les concede plazo para la subsanación de los defectos advertidos en dicha documentación.

**Sexto.** Convocada la mesa de contratación, el día 9 de mayo de 2017, se procedió al análisis de la documentación complementaria solicitada y declaró la admisión de las empresas que habían atendido al requerimiento de subsanación. En la misma sesión se acordó la apertura de los sobres referidos a la documentación complementaria a la proposición relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, dando traslado de la misma al Departamento provincial competente para la emisión del informe técnico.

**Séptimo.** El 23 de mayo de 2017 se constituyó una mesa con carácter de extraordinaria y urgente en la que tras el informe del Sr. Jefe del Servicio de Conservación de Edificios e Instalaciones responsable de la emisión del informe técnico, se acordó la exclusión de varios licitadores por anticipar en el sobre de los criterios sujetos a juicios de valor, aspectos propios de los criterios evaluables de forma automática, como el tratarse de vehículos y maquinaria nuevos (apartado 2.a) del PCAP).

El informe técnico de valoración de los criterios subjetivos suscrito por el Jefe de Servicio del Departamento de Conservación de Edificios e Instalaciones con fecha 14 de julio de 2017, arroja los siguientes resultados:

| LICITADORES | CRITERIO 2     | CRITERIO 2    | CRITERIO 2    | TOTAL |
|-------------|----------------|---------------|---------------|-------|
|             | b.1) 14 puntos | b.2) 8 puntos | B,3) 8 puntos |       |



|                                                                                                   |      |   |   |       |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------|---|---|-------|
| FOMENTO DE<br>CONSTRUCCIONES Y<br>CONTRATAS, S.A.                                                 | 14   | 8 | 8 | 30,00 |
| UTE TIZOS<br>HORMIGONES Y<br>ASFALTOS Y ENRIQUE<br>ORTIZ E HIJOS<br>CONTRATISTA DE<br>OBRAS, S.A. | 11   | 6 | 5 | 22,00 |
| EULEN, S.A.                                                                                       | 11   | 5 | 7 | 23,00 |
| SOLDENE, S.A.                                                                                     | 9    | 2 | 6 | 17,00 |
| VALORIZA FACILITIES,<br>S.A.U.                                                                    | 9,5  | 4 | 7 | 20,50 |
| U.T.E. FISSA FINALIDAD<br>SOCIAL, S.L. Y CLECE,<br>S.A.                                           | 11   | 5 | 5 | 21,00 |
| OHL SERVICIOS-<br>INGESAN, S.A.                                                                   | 12,5 | 4 | 7 | 22,50 |

**Octavo.** El 25 de julio de 2017 se constituyó de nuevo la mesa de contratación de asistencia específica al Pleno para la aprobación de las puntuaciones dadas en el informe técnico a los criterios subjetivos y una vez aprobadas, acto seguido se procedió a la apertura de los sobres que contienen los criterios objetivos. Tras la lectura de las ofertas la mesa acordó dar traslado de las mismas al Departamento provincial proponente del contrato para que proceda a su valoración. En lo tocante a las ofertas económicas de las licitadoras fueron las siguientes:



| LICITADORES                                                                                    | IMPORTE DE LA OFERTA<br>ECONÓMICA | % DE BAJA LICITADOR<br>SOBRE EL PRESUPUESTO |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------------|
| FOMENTO DE<br>CONSTRUCCIONES Y<br>CONTRATAS, S.A.                                              | 8.205.886,04                      | 10,20                                       |
| UTE TIZOS HORMIGONES Y<br>ASFALTOS Y ENRIQUE<br>ORTIZ E HIJOS<br>CONTRATISTA DE OBRAS,<br>S.A. | 7.876.794,04                      | 13,80                                       |
| EULEN, S.A.                                                                                    | 8.498.188,23                      | 7,00                                        |
| SOLDENE, S.A.                                                                                  | 8.748.730,41                      | 4,26                                        |
| VALORIZA FACILITIES,<br>S.A.U.                                                                 | 8.663.544,78                      | 5,19                                        |
| U.T.E. FISSA Y CLECE, S.A.                                                                     | 8.215.202,89                      | 10,10                                       |
| OHL SERVICIOS-INGESAN,<br>S.A.                                                                 | 8.067.982,34                      | 11,71                                       |

**Noveno.** El 3 de agosto de 2017 fue convocada la mesa de contratación con el fin de proceder al análisis y en su caso, aprobación del informe técnico sobre la valoración de los criterios objetivos emitido el 28 de julio por el Jefe de Servicio del Departamento de Conservación de Edificios e Instalaciones de la Diputación Provincial de Alicante. La mesa acuerda por unanimidad rechazar el informe de valoración con el siguiente tenor. “Que no se puede aceptar la valoración de las ofertas de los licitadores efectuada por el Departamento provincial proponente del contrato en relación al criterio de adjudicación <<a.2) Dotación de maquinaria nueva destinada al servicio: hasta 30 puntos>>, por considerar que infringe el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los



*licitadores, establecido en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al advertir dos métodos de valoración diferentes, uno que atiende exclusivamente al puro compromiso del licitador de aportar determinada maquinaria a nuevo, contemplado en la propia formulación del criterio de adjudicación a.2), cuando en la cláusula 6, apartado 2) del pliego de las administrativas particulares rector de la contratación, se señala que <<en el apartado d) del punto 2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas adjunto, se detalla la maquinaria mínima para la prestación del servicio. En este criterio se valorará la aportación de maquinaria nueva para la prestación del servicio objeto de esta contratación... entendiéndose que toda la maquinaria se debe aportar, pero sólo se valorará según el siguiente cuadro aquella maquinaria que se especifique en la oferta que es nueva, puntuándose con cero puntos la maquinaria que no lo sea...>>, utilizado con aquellos licitadores que han ofertado maquinaria nueva de una forma genérica, sin indicar en su oferta la marca y el modelo del tipo de maquinaria ofertado, a los que se asigna sin más la puntuación que para cada tipo de máquina y número de unidades ofertadas a nuevo se establece en el pliego; y otro utilizado para los licitadores, que habiendo observado la instrucción contenida en el punto 3.2, apartado 3) número 4, del pliego de prescripciones técnicas, de que <<La oferta de dotación de maquinaria nueva... Se detallarán la ...marca y el modelo a adquirir ...>>, en su oferta sobre maquinaria nueva indican la marca y el modelo de sus máquinas, a los que no sólo se les valora por el número y tipo de la maquinaria ofertada a nuevo, como a los primeros, sino, además, por las características de las maquinarias ofertadas, en cuanto a si cumplen los mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas para la maquinaria que necesariamente ha de adscribir el contratista".*

**Décimo.** El día 10 de agosto de 2017 se emite el segundo informe de valoración de los criterios objetivos y constituida la mesa de contratación el 16 de agosto de 2017 vuelve a insistir en la discriminación en el método empleado para las valoraciones de la maquinaria nueva, por lo que insiste en el rechazo de las valoraciones dadas a las licitadoras.



Ante el rechazo, se reitera la necesidad de aplicar criterios objetivos e iguales para todos los licitadores, por lo que se eleva de nuevo la petición de informe.

El tercer informe es evacuado el 26 de octubre de 2017. Reunida la mesa de contratación de asistencia específica al Pleno en sesión de 7 de noviembre de 2017 con el fin de examinar el tercer informe emitido por el Departamento de Conservación de Edificios e Instalaciones, en el acta levantada consta una advertencia de ilegalidad expresada por el Secretario de la mesa de contratación: *“De que el método de valoración de las ofertas de los licitadores en relación al criterio de adjudicación <<a.2) Dotación de maquinaria nueva destinada al servicio: hasta 30 puntos>> que se adopte, con el resultado de valoración de las ofertas de los licitadores que produzca, sea el aplicado por el Departamento de Conservación de Edificios e Instalaciones en su informe de 4 de octubre de 2017, que adiciona al puro compromiso de aportación de las máquinas a nuevo la exigencia del cumplimiento por las mismas de las características establecidas en el pliego de prescripciones técnicas para la maquinaria que necesariamente debe adscribir el contratista para la ejecución del contrato, puntos que tal exigencia no se contiene en la formulación del criterio de adjudicación a.2), regulada en la cláusula 6, apartado 2, del pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la contratación, con lo que deviene arbitrario el método de valoración que incluya esa exigencia e ilegal la valoración de las ofertas producida por su aplicación, por infracción de los artículos 150.2, párrafo segundo y 151.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que establecen que los criterios de adjudicación determinados por el órgano de contratación y señalados en el pliego de cláusulas administrativas particulares deben servir de base para la clasificación de las ofertas y la adjudicación del contrato”.*

**Decimoprimer.** Tras dichas discrepancias el 5 de diciembre de 2017 la mesa de contratación acordó elevar consulta sobre la forma de aplicación del criterio objetivo contenido en la letra a.2) del pliego de cláusulas administrativas particulares al Jefe de Servicio de Conservación de Edificios e Instalaciones. Recibida respuesta sobre el mantenimiento de su criterio interpretativo, la mesa de contratación en la sesión

celebrada el 18 de enero de 2018 acordó solicitar informe a un tercero, a un Ingeniero Industrial.

El 15 de febrero de 2018 el Ingeniero Industrial evacúa su informe sosteniendo que para la valoración del criterio a.2) se ha de tener en cuenta lo marcado en el punto 2.3 del materiales y maquinaria del pliego de prescripciones técnicas que en este punto, determina la maquinaria necesaria para la prestación del servicio, así como las características mínimas que deben tener los equipos que se han de ofertar, concluyendo que: *“resulta sorprendente a ojos del informante el hecho de que los licitadores no hayan sido capaces de construir una oferta que cumpliera al 100% con los requerimientos mínimos contenidos en el PPT”*.

En base a dicho informe que ratifica el último emitido por el Jefe de Servicio de Conservación de Edificios e Instalaciones, la valoración total de las ofertas, sobre las que se funda la propuesta de adjudicación debatida en este recurso quedó ordenada de la siguiente forma.

|    |                                                                                             |              |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 1º | FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.                                                 | 87,47 puntos |
| 2º | U.T.E. TIZOR HORMIGONES Y ASFALTOS, S.L. Y ENRIQUE ORTIZ E HIJOS CONTRATISTA DE OBRAS, S.A. | 84,28 puntos |
| 3º | U.T.E. FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L. Y CLECE, S.A.                                           | 74,07 puntos |
| 4º | EULEN, S.A.                                                                                 | 62,81 puntos |
| 5º | OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.                                                                 | 57,44 puntos |
| 6º | VALORIZA FACILITIES, S.A.U.                                                                 | 55,11 puntos |
| 7º | SOLDENE, S.A.                                                                               | 29,34 puntos |

**Decimosegundo.** Mostrada la disconformidad por parte de la UTE FISSA y CLECE sus representaciones legales deciden la formalización del recurso especial en materia de



contratación contra la resolución del Pleno de la Diputación Provincial de Alicante de 2 de mayo de 2018 por la que se acepta la propuesta de adjudicación hecha por la mesa el 13 de marzo de 2018 a favor del licitador FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. El recurso tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal el 5 de junio del presente.

**Decimotercero.** Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, el 12 de junio la Secretaria del Tribunal da traslado del recurso interpuesto a los otros licitadores, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para presentar aquellas alegaciones que a su Derecho convinieran. Ha presentado alegaciones, dentro del plazo concedido, la adjudicataria del contrato que, viene a suplicar la desestimación del recurso especial por entender que cumple todos los requisitos y da satisfacción a todos los criterios de valoración establecidos en los pliegos rectores del procedimiento.

**Decimocuarto.** Con fecha 15 de junio de 2018, la Secretaria del Tribunal -por delegación de éste- ha decretado el mantenimiento de la medida provisional de suspensión de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por el TRLCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Disposición Transitoria Primera. 4 LCSP).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con el artículo 41.3 TRLCSP, por tratarse de una actuación en materia de

contratación del sector público de una Diputación Provincial inserta en la Administración Local del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Valencia que, con fecha 22 de marzo de 2013, suscribió un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Hacienda, atribuyendo a este Tribunal las competencias de la Generalitat Valenciana para entender de este tipo de recursos contractuales.

**Segundo.** Las empresas CLECE, S.A. y FISSA, S.L., con el compromiso de constituirse en UTE de resultar adjudicatarias del servicio, han participado en el procedimiento de licitación, por lo que, en principio debe entenderse, que están legitimadas para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

**Tercero.** Se recurre la adjudicación del procedimiento en el seno de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada (artículo 40.1 a) del TRLCSP) susceptible de enjuiciamiento por este Tribunal y se contrae a una actuación impugnante, la adjudicación, ex artículo 40.2, c) del mismo TRLCSP.

**Cuarto.** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 44 del TRLCSP y las demás exigencias rituales.

**Quinto.** Las mercantiles recurrentes basan su recurso en dos extremos:

1. En la inadecuada valoración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor de la cláusula 6 apartado 2b) del pliego de cláusulas administrativas particulares, por arbitrariedad, extralimitación del criterio definido en el pliego, falta de proporcionalidad, transparencia y motivación. En este sentido, considera que se valoran en este criterio subjetivo la implantación de políticas de igualdad y políticas de protección de colectivos con riesgos de exclusión social que no estaban expresamente previstas como criterios de adjudicación. Literalmente un pasaje del recurso expresa que: *“Por tanto se ha extralimitado la mesa de contratación al aceptar la valoración de estos extremos, cuando precisamente no se preveía y pedía nada de ellos en el pliego, y cuando la propia Directiva aplicable al caso especifica que los criterios sociales solamente pueden existir*

*en contratos con un objeto social y en relación con el mismo". Y continúa: "La actuación de la mesa de contratación y por extensión, del órgano de adjudicación supone de facto la introducción de un subcriterio de valoración no contemplado en los pliegos que genera una evidente indefensión en el resto de licitadores".*

2. En la inadecuada valoración de los criterios evaluables de forma automática de la cláusula 6 del pliego de cláusulas administrativas particulares, apartado 2 a) con indicación de su ponderación relativa, por arbitrariedad, extralimitación del criterio definido en el pliego, falta de proporcionalidad, transparencia y motivación. Insisten las recurrentes en que *"el informe de la Mesa 13 de marzo de 2018 se preocupa mucho de explicar por qué valora las características técnicas de la maquinaria ofertada cuando el criterio es automático y perfectamente definido"* y sigue: *"Pero es que entendemos menos que el informe de la mesa de 13 de marzo citado justifique que la ponderación de las características técnicas de las máquinas no se pueda dejar como condición especial de ejecución del contrato, y que se haya de valorar, cuando el resto de los licitadores no sabían que debían proceder a ello, y como hemos visto, los criterios de igualdad y calidad empresarial, que sí son condiciones de ejecución, se trate como elementos de valoración. Así pues, se procede por la Mesa a valorar un aspecto incluido en la oferta de un licitador que no estaba previsto en los pliegos y además, se hace en el apartado de valoración automática, por lo que se convierte en un juicio de valor, que no era la previsión del pliego, y por tanto, defecto que conlleva la nulidad de la licitación, al haber valorado apartándose del pliego, y una vez conocidas y abiertas las ofertas de los licitadores"*. Por su parte las recurrentes advierten que: *"Al respecto, resulta muy significativa el Acuerdo de la mesa de contratación que obra en el expediente de fecha 13 de marzo de 2018, que se esmera en justificar que se hayan tomado en cuenta a la hora de valorar la maquinaria, las características técnicas de la misma, cuando ellos es algo novedoso, no previsto en los pliegos y que por tanto se aparta de lo contenido en ellos y no hay más que subrayar que la ley del contrato son los pliegos, por lo que cualquier desviación o como en este caso, valoración de los criterios ofertados que no han sido incluidos en los mismos ha de decaer"*.



Las licitadoras recurrentes con apoyo en la propia cuestión de ilegalidad subrayada por el Secretario de la mesa de contratación en torno al método de valoración de este criterio objetivo de adjudicación, vienen a instar de este Tribunal la declaración de nulidad de la licitación, por la concurrencia de vicios insubsanables que han provocado el quebranto de los principios de igualdad y no discriminación entre las licitadoras, y por ende, la anulación completa de todo el procedimiento de contratación.

**Sexto.** El informe del órgano de contratación suscrito el 8 de junio del presente por parte del Vicepresidente Tercero de la Diputación Provincial de Alicante suplica la desestimación del recurso por entender que la propuesta de adjudicación elevada por la mesa que va a configurar la decisión de la adjudicación del contrato a favor de FCC resulta conforme a Derecho.

1. En lo referente a los criterios subjetivos de la cláusula 6 letra b1) del PCAP con una valoración de hasta 14 puntos, estima el órgano de contratación que las valoraciones dadas a las empresas resultan conforme al criterio subjetivo reseñado, no se aparta del pliego, no es discriminatorio pues en fin, toma en cuenta la consideración dentro del mismo de aspectos o consideraciones sociales, tales como la implantación de políticas de igualdad en las empresas y de políticas de protección de colectivos con riesgo de exclusión social. A su juicio, estos criterios confieren valor a la oferta, afectan a la mayor y mejor calidad de la prestación demandada y aportan una ventaja efectiva en la ejecución del contrato. Además, el informe expresa que: *“Por último, en cualquier caso, la puntuación no obtenida por la recurrente por este aspecto resulta totalmente irrelevante para la resolución final del procedimiento de adjudicación, debiendo considerarse que, a la fecha de aprobación del expediente de contratación deben considerarse vigentes las disposiciones del derecho comunitario que permiten la incorporación de criterios de adjudicación de carácter social”*.

2. También se opone el órgano de contratación a las alegaciones hechas por las mercantiles sobre la improcedente valoración de los criterios objetivos de la cláusula 6 apartado 2, a) del PCAP, pues es lógico, según su opinión, que para la valoración de los



vehículos y maquinarias nuevas se exija el cumplimiento de las prescripciones mínimas exigidas en el PPT. En definitiva, el órgano de contratación aceptó la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación, por considerarla ajustada a Derecho.

En conclusión, el órgano de contratación reclama expresamente la desestimación del recurso en su integridad.

**Séptimo.** *Prima facie*, hemos de plantearnos la alegación hecha por el órgano de contratación en torno a la intranscendencia de la aceptación de los argumentos de la recurrente, por hallarse situado en la tercera posición, esto es, reprocha una eventual falta de legitimación de las recurrentes ante la imposibilidad de obtener beneficio alguno por una hipotética estimación del recurso, pues, aun así, no llegarían a ser las adjudicatarias en UTE, del contrato licitado.

Es doctrina asentada de este Tribunal (Resolución nº 993/2017, de 27 de octubre) que el recurso especial en materia de contratación no se configura como una herramienta en defensa abstracta de la legalidad, sino que se exige que exista un perjuicio, en virtud del cual una hipotética estimación del recurso habría de traducirse en una modificación real y no meramente potencial de la situación jurídica del recurrente.

En el caso que nos ocupa solo la íntegra estimación de su recurso habría de reportarle un beneficio al actor, pues únicamente si se considera que se están valorando criterios no contemplados en los pliegos o que existen contradicción en los mismos generadores de indefensión y discriminación entre los licitadores, cabría considerar que las recurrentes podrían obtener algún beneficio, pues solo por esta vía podrían obtener una nueva posición tras la declaración de nulidad del procedimiento, a saber: el inicio de una nueva licitación y por ende, la presentación de sus proposiciones en otro procedimiento destinado a la adjudicación del mismo contrato.

Siendo pues inseparable en este caso la apreciación de la legitimación del estudio de la cuestión de fondo, ha de procederse al análisis de sus pretensiones para determinar la admisibilidad y ante las alegaciones de vicios de nulidad generadores de indefensión y



por ende, de discriminación entre las licitadoras en la forma de valoración de los criterios de adjudicación, hemos de proceder al reconocimiento de su legitimación y en consecuencia, a entrar en el fondo del asunto.

**Octavo.** La cuestión controvertida se centra en el cumplimiento de los principios rectores de la contratación administrativa, -igualdad, no discriminación y transparencia- en la concreción en los pliegos y en la aplicación posterior de los criterios de adjudicación aprobados por el órgano de contratación.

Si acudimos al tenor literal de los pliegos rectores del procedimiento, amparados en los atributos de *lex contractus*, hallamos los siguientes:

Cláusula 6. Varios criterios de adjudicación.

*a) Criterios evaluables de forma automática mediante cifras o porcentajes, obtenidos a través de la aplicación de la fórmula que en cada caso se indica, con indicación de la ponderación relativa a:*

*a1) Menor precio: hasta 40 puntos.*

*a2) Dotación de maquinaria nueva destinada al servicio: hasta 30 puntos.*

*En el apartado d) del punto 2.3 del PPT adjunto, se detalla la maquinaria mínima necesaria para la prestación del servicio. En este criterio se valorará la aportación de maquinaria nueva para la prestación del servicio objeto de esta contratación y su adscripción permanente al mismo, durante toda la vigencia del contrato. Los puntos que se asignen a cada uno de los elementos ofertados son los recogidos en el siguiente cuadro, entendiéndose que toda la maquinaria se debe aportar, pero sólo se valorará según el siguiente cuadro aquella maquinaria que se especifique en la oferta que es nueva, puntuándose con cero puntos la maquinaria que no lo sea:*



| <b>MAQUINARÍA</b>                      | <b>Nº MÁQUINAS</b> | <b>PUNTOS UNIDAD</b> | <b>PUNTOS TOTALES</b> |
|----------------------------------------|--------------------|----------------------|-----------------------|
| <i>Abrillantadoras rotativas</i>       | 5                  | 0,2190               | 1,0950                |
| <i>Aspiradores polvo</i>               | 30                 | 0,0475               | 1,4250                |
| <i>Barredoras</i>                      | 1                  | 19,5187              | 19,5187               |
| <i>Carretilla elevadora eléctrica</i>  | 1                  | 2,0019               | 2,0019                |
| <i>Fregadoras</i>                      | 4                  | 1,1261               | 4,5044                |
| <i>Hidrolimpiadoras/lavatapicerías</i> | 3                  | 0,1351               | 0,4053                |
| <i>Lavadoras</i>                       | 3                  | 0,0951               | 0,2853                |
| <i>Secadoras</i>                       | 1                  | 0,1126               | 0,1126                |
| <i>Sopladoras</i>                      | 4                  | 0,1501               | 0,6004                |
| <i>Sopladora/aspiradora</i>            | 1                  | 0,0500               | 0,0500                |
| <b>TOTAL</b>                           | <b>53</b>          |                      | <b>30,00 puntos</b>   |

*La novedad de la maquinaria ofertada se acreditará por el contratista dentro del plazo de los 10 primeros días desde el inicio de la ejecución del contrato, mediante la factura de compra que identifique con precisión el elemento en cuestión comprometido. Y cuya fecha de expedición no será anterior en más de 15 días naturales a la fecha de inicio de la ejecución del contrato.*

*b) Criterios cuya aplicación dependa de un juicio de valor, con indicación de su ponderación relativa a:*

*b1) Personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, que participarán en el contrato con funciones de: coordinación, supervisión y control de los elementos que configuran la prestación objeto del contrato. Se requiere detalle y metodología de los procesos descritos: Hasta 14 puntos”.*



Pues bien, señalados así en los pliegos los criterios de adjudicación para la selección de la mejor oferta entre las concurrentes y bajo la preceptividad de los mismos, hemos de pasar al análisis de la formulación y de la aplicación ad casum de los dos criterios, uno subjetivo y otro objetivo, cuestionados por las recurrentes.

**Noveno.** Siguiendo el orden de las alegaciones que fundamentan el recurso especial formalizado ante el Tribunal, en primer lugar, las impugnantes alegan la nulidad del criterio subjetivo o dependiente de un juicio de valor expuesto en la cláusula 6ª del PCAP bajo el apartado b1) pues reprochan su indeterminación y falta de concreción de lo que se está valorando, incluyendo aspectos nuevos no previstos en el pliego rector, como lo es, la implantación en las empresas de políticas de igualdad y políticas de protección de colectivos con riesgo de exclusión social.

Dado que a este contrato le resulta de aplicación el TRLCSP por mor de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la vigente LCSP, hemos de estar a los parámetros de legalidad que para los criterios de adjudicación señalaba el artículo 150 del TRLCPS, cuyo tenor literal rezaba así:

*“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.*

*Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.*

*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.*

*En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos (...)."*

La doctrina del Tribunal acerca de la incorporación de criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se ha consolidado en muchas de sus resoluciones, a título de ejemplo, en la Resolución nº 682/2016, de 9 de septiembre, citada por la reciente nº 275/2018, de 23 de marzo, se señala que: *"El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la determinación necesaria de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, entre otras en la Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre, en la que indicamos que:*

*"a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación*

*que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones nº102/2013, 263/2011).*

*b) 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 (resolución nº 923/2014).*

*c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012). (...)"*

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento.

La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación



mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.

Llevada esta doctrina al criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor empleado en el PCAP, cláusula 6ª b1) lo cierto es que su determinación queda circunscrita a la valoración del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, que participarán en el contrato con funciones de coordinación, supervisión y control de los elementos que configuran la prestación objeto del contrato, a saber: el servicio de limpieza de los centros y dependencias pertenecientes a la Diputación Provincial de Alicante.

La descripción hecha en la referida cláusula 6ª b1) del PCAP se focaliza posteriormente en la valoración dada por los técnicos en la implantación por las empresas de políticas de igualdad y políticas de prevención de colectivos en riesgos de exclusión social, aspectos sociales únicamente aportados por la adjudicataria, FCC, pues en las demás concurrentes, incluidas las ahora recurrentes, se les descuentan 3 puntos por no ofertar dichos aspectos sociales.

La interpretación literal y lógica de la cláusula impugnada, definidora de dicho criterio social de adjudicación fundado en consideraciones sociales, primero, no está concretado en la cláusula sino que se introduce con posterioridad en los informes de valoración, no se infiere teleológicamente e implica a nuestro juicio, una alteración posterior del criterio subjetivo evaluable contrario al ordenamiento jurídico generador de indefensión y por ende, contrario a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad requeridos en los artículos 1 y 139 TRLCSP (en igual sentido, los artículos 1 y 123 de la vigente LCSP).

Este Tribunal es conocedor de las consideraciones sociales que se han de introducir en la contratación pública pues así se exige desde la Directiva 2014/24/UE que impone a los Estados miembros un mandato para adoptar medidas efectivas que garanticen, en la



contratación pública, el cumplimiento de los compromisos sociales legal y convencionalmente establecidos. En este sentido, la Directiva 2014/24/UE introduce algunas aclaraciones y concreciones en materia de consideraciones sociales, pues entiende que es necesario revisar y modernizar las normas sobre contratación pública con la finalidad de *«permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes»* (considerando 2).

De este modo, en el acervo comunitario se advierte una evolución normativa constante, con el objetivo de profundizar en una contratación socialmente más responsable, que incorpore en los procedimientos de contratación objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, la inserción de personas discapacitadas, etc.

Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas Directivas de contratación que se refieren a la “contratación estratégica”, que permite implementar con la contratación pública las políticas públicas en áreas que se consideran esenciales, pudiendo plantearse atender este objetivo mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el establecimiento de criterios de adjudicación al efecto.

Si bien, partiendo de la nueva realidad, ya acogida por nuestro Legislador en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), la cual profundiza en la vertiente social de la contratación pública, desde la Exposición de Motivos de la norma, en la que se insiste en que uno de los objetivos de la reforma consiste en introducir nuevas consideraciones en la contratación pública que permitan a los órganos de contratación dar prioridad a la calidad, consideraciones medioambientales, aspectos sociales o a la innovación.



*De este modo, y tal y como indica en su Preámbulo “se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad- precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202”.*

El informe del órgano de contratación ampara la legalidad de la aplicación de este criterio subjetivo, en el que da por hecho la inclusión de las políticas de igualdad y políticas de protección de colectivos con riesgos de exclusión social, en esta nueva realidad exigida desde la Directiva 2014/24/UE, artículo 67, si bien, este Tribunal considera que se trata de un subcriterio ex novo que no puede inferirse de la descripción concreta dada para la valoración del criterio definido en la cláusula 6 b1) del PCAP.

A la hora de estudiar la introducción de cláusulas sociales y/o medioambientales en relación con la adjudicación de los contratos debemos distinguir, de un lado, el establecimiento de los criterios de adjudicación en el marco de la formación del expediente de contratación y, de otro, su concreta valoración en el seno del procedimiento licitatorio. La posibilidad de introducir como criterio de adjudicación las connotaciones sociales o medioambientales relacionadas con el objeto del contrato no constituye una novedad respecto de la regulación anterior a la Directiva 2014/24/UE, ya que la misma ya estaba contemplada en el acervo comunitario.

Así, la STJUE Greboeders Beentjes de 20 de septiembre de 1988 (EDJ 1988/17098) ya estimó la posibilidad de incluir como criterio adicional en los Pliegos la condición de contratar parados de larga duración ya que aunque no tenía que ver con la comprobación de la solvencia ni se preveía como criterio de adjudicación en la normativa comunitaria,



su previsión era compatible con las Directivas Comunitarias sobre contratación pública si respetaban los principios del Derecho Comunitario.

En la misma línea, la STJUE de 17 de septiembre de 2002 (EDJ 2002/43157) en el asunto C-513/99 (Concordia Bus Finland) admitió valorar criterios de adjudicación de carácter ecológico (emisiones a la atmósfera, nivel de ruidos...), siempre que dichos criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan al poder adjudicador una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en los pliegos de cláusulas o en el anuncio de licitación y respeten los principios del Derecho Comunitario.

Incorporando esta doctrina jurisprudencial, en el artículo 150 TRLCSP ya se recogían, dentro del catálogo de posibles criterios a valorar *“las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”*.

En cualquier caso, como recuerda este Tribunal en la Resolución nº 600/2016, de 22 de julio este catálogo de posibles criterios sociales no es exhaustivo y, con independencia de su concreta mención o no, cualquier criterio social que se establezca deberá guardar relación con el objeto del contrato y no dar lugar a discriminación. Amén de que ha de estar especialmente previsto y contemplado en los pliegos como criterios de adjudicación susceptible de valoración.

Como una concreción de la exigencia derivada del derecho comunitario, el artículo 145 de la vigente LCSP se refiere a los criterios de adjudicación que han de servir de base a la adjudicación del contrato, remitiendo en el apartado quinto del artículo para su fijación a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo del contrato para su establecimiento.

En cualquier caso, según este art. 145.5 LCSP, los criterios de adjudicación y también los basados en consideraciones sociales, como las que ahora enjuiciamos, deberán cumplir los siguientes requisitos:

*“a) Que estén vinculados al objeto del contrato. Este aspecto resulta de relevancia especial en lo que a las consideraciones sociales y medioambientales pues no pueden introducirse ex novo, como ahora insiste el órgano de contratación.*

*b) Que se formulen de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*

*c) Que garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. De esta forma, los criterios deberán ir acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación”.*

Sobre la prohibición taxativa de que los criterios de adjudicación del contrato puedan dar lugar a discriminación entre empresarios debemos recordar que no puede encubrirse una cláusula social, como ahora se pretende, en un criterio subjetivo de adjudicación basado en el personal técnico o unidades técnicas integradas o no en las empresas, pues ello, conculca a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, confiriendo al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada y arbitraria; como hace gala el informe técnico de valoración de los criterios sometidos a juicio de valor.

Por ello, en esta parte se ha de estimar el recurso, por entender que la cláusula 6 b.1) en su tenor literal no incluye consideraciones sociales no aportadas por la generalidad de las empresas concurrentes y que si se hubieran definido con claridad en el PCAP hubieran podido ser ofertadas por las licitadoras, lo cual, ha provocado entre ellas una desigualdad manifiesta.



**Décimo.** Por lo que respecta a la forma de concreción de un criterio objetivo, el de dotación de maquinaria nueva, en los términos definidos en la cláusula 6ª a2) del PCAP en conexión con el apartado d) punto 2.3 del PPT – maquinaria mínima necesaria para la prestación del servicio-, este Tribunal estima que existe una contradicción en los pliegos, pues el PPT concreta los mínimos (41 apartado) y la cláusula de adjudicación fundada en criterios objetivos –novedad de las máquinas- computa un total de 53, sumado a que las nuevas han de cumplir las características mínimas exigidas en el PPT.

La contradicción entre los pliegos sumada a la cuestión de ilegalidad advertida y reiterada por el Secretario de la mesa de contratación nos conduce a la estimación de esta alegación, pues un criterio objetivo evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas se subjetiviza, por el necesario cumplimiento de las características mínimas exigidas en el PPT.

Ante la incorrección de la formulación de los criterios de adjudicación en discusión en el presente recurso, nos conduce a la estimación del mismo y a la declaración de nulidad del acto impugnado. Empero, puesto que son públicas las ofertas técnicas y económicas de las licitadoras concurrentes, procede decretar la nulidad del procedimiento impugnando, siguiendo la doctrina de este Tribunal, entre otras, en la Resolución 225/2016, de 1 de abril, donde se señalaba que *"No podemos dejar de lado, como hemos señalado en anteriores Resoluciones (por todas las números 155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero y 673/2015, de 17 de julio), la exigencia de respetar el principio de confidencialidad y su especial vinculación con los principios de igualdad y libre concurrencia, resultando imposible efectuar una nueva valoración sujeta a juicios de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas matemáticas de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 TRLCSP "*

En consecuencia, la estimación del recurso obliga a declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación, lo cual exige que el órgano de contratación valore la puesta en marcha una nueva licitación, concretando en los pliegos los criterios de adjudicación



que haya de ponderar, con el fin de dar satisfacción a las exigencias de la nueva LCSP, artículo 145.5.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. V. M. P., en representación de la mercantil CLECE S.A. y por D. P. L. R. B., en representación de FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L., contra el acuerdo de adjudicación decretado en el procedimiento de “*Servicio de limpieza de los centros y dependencias de la Excm. Diputación de Alicante, Fundación de la Comunidad Valenciana MARQ, Fundación de la Comunidad Valenciana Auditorio de la Diputación de Alicante (ADDA) y Organismo Autónomo Instituto de la Familia Dr. Pedro Herrero*” expte. A16-092-16, convocado por la Diputación Provincial de Alicante, anulando el acto impugnado y el procedimiento de contratación tramitado desde el momento de la aprobación de los pliegos y ordenando la retroacción del mismo a dicho momento procediéndose -en caso de que el órgano de contratación estime oportuno tramitar de nuevo el procedimiento- a anunciar la apertura del plazo de presentación de ofertas.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

**Tercero.** 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 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.