



**Recurso nº 632/2019 C.A. Región de Murcia 49/2019**

**Resolución nº 719/2019**

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

En Madrid, a 27 de junio de 2019.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. F. F. C. T., en nombre y representación de la mercantil INICIATIVAS LOCALES, S.L., contra el anuncio y los pliegos rectores del procedimiento “*Contrato de conciliación de la vida laboral y familiar mediante la educación infantil de primer ciclo. Cursos Escolares 2019-2020 y 2020-2021*”, convocado por el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, expte 1580/2019, sin división en lotes, con valor estimado de 3.212.055 € (IVA excluido); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado por mayoría de todos sus miembros, la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El 11 de abril de 2019 el Pleno de la Corporación Municipal de Las Torres de Cotillas aprobó el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el contrato de servicios sujeto a regulación armonizada del servicio de conciliación de la vida laboral y familiar mediante educación infantil de primer ciclo de dicho municipio, cursos escolares 2019-2020 y 2020-2021 (prorrogable por otros tres cursos escolares). El valor estimado del contrato quedó fijado en un total de 3.212.055 € (impuestos excluidos).

**Segundo.** El anuncio de licitación fue enviado a su publicación oficial en el Diario Oficial de la Unión Europea el 3 de mayo de 2019. Del mismo modo la publicidad del anuncio y de los pliegos se realizó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el mismo día 3 de mayo del presente. En los anuncios se advirtió que el procedimiento de adjudicación sería el abierto, que la forma de presentación de las proposiciones era



electrónica y que el plazo máximo de su presentación vencía el 30 de mayo de 2019 hasta las 15:00 horas.

**Tercero.** El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada y del Anexo IV, regula la vigente Ley 9/2018, de 7 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 (en adelante LCSP).

**Cuarto.** Con fecha de 24 de mayo del presente, la mercantil actual prestadora del servicio INICIATIVAS LOCALES, S.L. presentó en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda, la formalización del recurso especial en materia de contratación pública contra los referidos pliegos, por considerar que algunas de sus cláusulas resultan contrarias a Derecho. En la formalización del recurso, la representación de la impugnante instaba, además, la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

**Quinto.** En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP 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.

**Sexto.** El 11 de junio de 2019 la Secretaria General del Tribunal por delegación de éste dictó la resolución consistente en conceder la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo texto legal, sería la resolución del recurso la que acuerde su levantamiento. Si bien, en la mentada Resolución se advirtió que la suspensión del procedimiento no afectaba al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por parte de los interesados.

**Séptimo.** La Secretaria del Tribunal en fecha 3 de junio dio traslado del recurso interpuesto a la otra licitadora, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 4 de octubre de 2012 y publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2012.

**Segundo.** La recurrente, INICIATIVAS LOCALES, S.L., actual prestadora del servicio es una potencial licitadora y participante en el procedimiento de adjudicación convocado, por lo que goza de legitimación para sostener sus pretensiones de nulidad de los pliegos de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

**Tercero.** La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € (incluso superior a 750.000 € por tratarse de un servicio del Anexo IV de la LCSP) y además el acto recurrido, los pliegos, son uno de los previstos para el recurso especial en el artículo 44.2, a) del mismo cuerpo legal.

**Cuarto.** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50 de la LCSP, por otro lado, se han dado cumplimiento a las demás exigencias procedimentales, por lo que procede su admisión.

**Quinto.** Sostiene la mercantil impugnante la nulidad de pleno Derecho de varias de las cláusulas de los pliegos, con fundamento en las siguientes alegaciones:

1. Impugnación de la cláusula 1.3 del PCAP referida a la no división en lotes de las prestaciones objeto del contrato. En este sentido, la recurrente estima que son dos los servicios a prestar (cláusula 1.1 del PCAP y 1.4 del PPT), por un lado, el servicio de guarda y custodia con un máximo de 169 alumnos y por otro, el servicio de comedor con un máximo de 169 comensales.



2. Impugnación de los cálculos para la fijación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato reseñados en la cláusula 4 del PCAP y especificados en la cláusula 3 del PPT. La razón del recurso en este extremo se funda en la inseguridad para el futuro adjudicatario, al distinguir entre costes fijos y costes variables. En especial, el recurso se centra en la cláusula 3.5 del PPT que divide el presupuesto en costes fijos y costes variables, cuya suma corresponde al total de presupuesto de licitación por año. En opinión de la recurrente, *“La cuantía de ambos costes, se establece en la cláusula 3.5 del mismo pliego, siendo el coste/aula de estas tres primeras aulas más caro que el coste/aula del resto de aulas (9) que comprende el servicio. Sin embargo, este hecho recogido en los pliegos no se traduce en las estipulaciones del mismo con referencia al abono del servicio según número de aulas abiertas, no distinguiéndose un precio diferencial de las tres primeras con respecto al resto en la cláusula 25 del PCAP ni en la 4 del PPT, lo que genera inseguridad de cara a la ejecución del contrato”.*

3. Impugnación de la cláusula 14 del PCAP por no establecer parámetros para el cálculo de las ofertas incursas en presunción de anormalidad. Considera la recurrente que el pliego establece una pluralidad de criterios de adjudicación y que, en estos casos, el artículo 149. 2, b) de la LCPS exige que en los pliegos se establezcan los criterios objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere incursa en valores anormalmente bajos o desproporcionados.

4. Impugnación de la cláusula 3.1.6 del PPT, que incluye unas previsiones de subida salarial durante los años de ejecución del contrato. Sin embargo, a juicio de la mercantil recurrente la aplicación de estas previsiones no determina un presupuesto de licitación concreto, sino que éste viene condicionado por la aclaración que la misma cláusula recoge cuyo tenor literal advierte que: *“este apartado solo tendrá efecto si el convenio colectivo de aplicación ha sido actualizado y está vigente a la finalización del plazo de presentación de ofertas”.* Refuerza su posicionamiento la recurrente, -no determinación en el presupuesto base de licitación- la aprobación de un nuevo convenio colectivo en el sector, expresando que: *“Pues bien, con fecha 22 de mayo ha tenido lugar la firma y aprobación por parte de la mesa negociadora el XII Convenio Colectivo de ámbito estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (se adjunta documento), aunque se desconoce cuándo se publicará en el BOE para su entrada en vigor (tal como establece el artículo 4 del mismo, que indica que*



*<<El presente Convenio Colectivo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE>>. Esta publicación en el BOE del Convenio para su entrada en vigor podrá ser, o no, antes del fin del plazo para presentar ofertas para esta licitación (que es el 30 de mayo). Por tanto, creemos que este precepto mencionado va en contra del principio de igualdad de trato a los licitadores recogido en el artículo 1 de la LCSP, y no permite la concurrencia en igualdad de condiciones ya que, dependiendo de cuando, dentro del plazo de presentación de ofertas, una empresa presente oferta respecto a cuándo lo haga otra empresa, la actualización del convenio podría, o no, estar publicada en el BOE y entrar, o no, en vigor el precepto establecido en la cláusula 3.1.6 del PPT, con lo que el presupuesto de licitación del que partir para definir su oferta económica habría sido diferente en sendas empresas, teniendo ventaja competitiva la segunda respecto de la primera, pudiendo, incluso, afectar a la viabilidad económica de las ofertas realizadas en base al menor precio de licitación, o imposibilitar la presentación de la oferta, aumentando las posibilidades de una ejecución inadecuada de las prestaciones objeto del contrato”.*

5. Impugnación de la cláusula 12 del PACP en lo referente a las mejoras del servicio valoradas económicamente. La crítica en esta cláusula estriba en que se establecen dentro de los criterios de adjudicación, el apartado A.1, una serie de mejoras que, en opinión de la recurrente, unas son relativas a las prestaciones contenidas en los pliegos (como las contempladas en el apartado A.1.4) mientras que hay otras que constituyen prestaciones adicionales y distintas de las definidas en los pliegos y que serían las referidas en el artículo 145.7 de la LCSP. Y así expresa que: *“Pues bien, entendemos que las mejoras objeto de valoración contempladas en los apartados A.1.1. y A.1.5 de la cláusula 12 del PCAP podrían incluirse en el segundo tipo de mejoras (mejoras adicionales y distintas de las prestaciones definidas en el Pliego Técnico), y, por tanto, les resulta de aplicación lo establecido en dicho artículo: “En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas”. Por tanto, consideramos que se deberían haber determinado en el Pliego los límites a las mejoras correspondientes al apartado A.1.1 (nº de horas de actividades gratuitas) y las correspondientes al apartado A.1.5 (mejora de materiales – no fungibles- y equipamientos de uso para el desarrollo del*



*servicio) y, en consecuencia, estimamos que esta cláusula no se ajusta a lo establecido en el artículo 145.7 de la LCSP”.*

6. Impugnación de la cláusula 12. A.1.2. del PCAP al establecer como criterio de adjudicación del contrato “Tener implantado en la empresa un Plan de Igualdad de Oportunidades”. Al respecto, entiende la empresa impugnante que este criterio incumple lo estipulado en el artículo 145.5, a) de la LCSP respecto a la necesaria vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato. Argumenta la falta de relación con el objeto del contrato trayendo a colación la Resolución nº 388/2019 de este Tribunal.

7. Impugnación de la cláusula 1.6.2 del PPT por relacionar como función del director la asunción de la representación del servicio prestado ante la Administración educativa municipal, así como ante los padres y las madres. En este extremo, la formalización del recurso expresa que no es una función propia del director, que en definitiva es un trabajador por cuenta ajena del contratista adjudicatario del servicio, pues sus funciones no pueden ir más allá de la dirección pedagógica, de coordinación, organizativas y de supervisión *“nunca de representación ante nadie dado que ésta corresponde a la representación legal de la empresa o entidad que contrata con el Ayuntamiento”.*

8. Impugnación de la cláusula 25.3 del PCAP, donde se relacionan las obligaciones esenciales que pueden ser causa de resolución del contrato. En su opinión, las relacionadas en las letras a) a e) ambas inclusive, son causas de tipo general que no se ajustan a lo estipulado en el artículo 211.1 de la LCSP que exige que la causa de resolución de los contratos *“figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.* En apoyo a su tesis cita la Resolución de este Tribunal nº 1.071/2018.

En conclusión, viene a suplicar al Tribunal la estimación del recurso y la declaración de nulidad de las cláusulas referidas por resultar contrarias a la vigente LCSP y, por ende, ordene la retroacción del procedimiento al momento anterior a su aprobación, previa rectificación de las tachadas como nulas.

**Sexto.** De contrario, el informe del órgano de contratación evacuado el 3 de junio de 2019 y firmado por la Secretaria General de la Corporación Municipal de Las Torres de Cotillas



viene a contradecir lo expresado por la empresa recurrente. Motiva la legalidad de las cláusulas recurridas con los siguientes argumentos:

1. La debida motivación de la no división del objeto del contrato en lotes. A tal fin reproduce el informe emitido por el funcionario coordinador económico administrativo municipal que motivó la necesidad de la no división entre el servicio educativo y el servicio asistencial *“ya que desde el punto de vista de la gestión del servicio es mucho más operativo que la misma empresa desarrolle todas las funciones que son necesarias para llevar a cabo el servicio y coordine su personal en los distintos ámbitos del mismo: educativo, asistencial y alimenticio. Ya que no es operativo ni adecuado para el bienestar de los y las menores que dos o más empresas con distinto personal coordinen para complementar todas las fases y ámbitos que suponen la prestación de un mismo servicio global que es la Educación Infantil de Primer Ciclo”*. Además de la obligatoriedad de la subrogación del personal fijo educativo y del personal de cocina, según previene el convenio colectivo del sector, el informe que avala la no división del objeto del contrato en lotes concluye afirmando que: *“Es por ello que, por criterios de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, entendiendo que debe existir una unidad en el mismo para que dichos parámetros se cumplan, es por lo que no se procedió a la separación por lotes, el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo, es causa suficiente para no proceder a la división por lotes, como así se justificó en el correspondiente informe del técnico municipal obrante en el expediente”*.

2. Distinción de precio fijo y precio variable, no estando al recurrente conforme a que el coste de las tres primeras aulas sea superior al coste del resto de aulas. En contra de lo argumentado por la recurrente, sobre dicha indeterminación en función del número de aulas necesarias (de tres a doce), el órgano de contratación concreta en su informe que:

*“El pliego establece claramente las retribuciones a satisfacer al contratista por las prestaciones de los servicios realizados. Se distingue el coste fijo y el coste variable, el coste fijo se abonará al contratista independientemente del número de alumnos matriculados, pues será la estructura mínima con la que debe contar el servicio y ello implica un coste anual al siguiente detalle:*



PERSONAL	COSTE	NÚMERO	COSTE
DIRECTOR/A	25.889,40 €	1	25.883 €
MAESTRO/A	25.551,84 €	1	25.552 €
EDUCADOR/A	17.207,40 €	2	34.415 €
AUXILIAR	16.564,32 €	1	16.564 €
PERSONAL LIMPIEZA	16.980,36 €	1 (30h/sem.)	16.981 €
PERSONAL COCINA			
PERSONA ABSENTISMO, PERMISOS, ETC...			2.766 €
<b>COSTE TOTAL ANUAL</b>			<b>122.517 €</b>

CON APLICACIÓN SUBIDA 2016-2019 (8% si el convenio colectivo está actualizado y vigente a la finalización del plazo de presentación de ofertas)	132.318 €
CON APLICACIÓN SUBIDA 2020-20121 (4% si el convenio colectivo está actualizado y vigente a la finalización del plazo de presentación de ofertas)	137.211 €
GASTOS GENERALES (13%)	17.837 €
BENEFICIO INDUSTRIAL (6%)	8.233 €
<b>COSTES FIJOS ANUALES POR NÚMERO MÍNIMO DE AULAS Y APERTURA DE COMEDOR</b>	<b>163.281 €</b>

Además de esta exposición cuantitativa, el informe del órgano de contratación esgrime que:  
*“Esta retribución será facturada por el contratista todos los meses por la prestación del servicio, menos el mes de agosto de cada año por lo que habrá que prorratear el importe en once mensualidades por un importe máximo de 14.843,72 € por mes.*

*Al coste fijo se añadirá el coste variable que irá en función del número de aulas abiertas que superen los mínimos establecidos en el pliego conforme se establece en el punto 1.6.1 del pliego de prescripciones técnicas que establece que:*





*La Concejalía encargada de supervisar el servicio de conciliación de la vida laboral y familiar mediante la Educación Infantil de Primer Ciclo, establecerá por escrito al inicio del curso escolar y según la demanda de plazas el número de aulas y centros que se abrirán para dar comienzo al servicio, así como la apertura del servicio de comedor. Esta misma Concejalía será quién tome la decisión de apertura de más aulas o su cierre, atendiendo a los informes de asistencias, bajas y altas emitidos por la dirección del servicio y la persona responsable del mismo por parte del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas. Se comunicará a la empresa adjudicataria por escrito los cambios que sea necesario realizar al respecto, sin esta autorización escrita la empresa adjudicataria no podrá abrir nuevas aulas o cerrarlas. Si actuara sin autorización quedará bajo su responsabilidad el coste de las mismas y cualquier incidente que se produzca durante el desarrollo del servicio en dichas aulas.*

*Atendiendo a dichas órdenes ciertos costes variables pasarán a convertirse en fijos mientras se mantengan dichas circunstancias, esto es, el coste de personal vinculado a dicha ampliación conforme a los costes de referencia incluidos en el pliego.*

*Quedaría en este caso como variables el importe a satisfacer al adjudicatario del contrato atendiendo a los usuarios del comedor, pero sólo en aquella parte a repercutir sobre los consumibles, establecidos en el pliego en el concepto de <<otros gastos>> por importe total de 88.300,00 € que dividido entre el número máximo de alumnos, que asciende a 169, implica un coste por alumno a facturar en su caso de asistencia de 522,48 € anuales, equivalente a 47,49 € mensuales (11 meses)”.*

En opinión del órgano de contratación la estructura mínima, esto es, tres aulas, implica unos gastos mínimos de personal fijos y que la creación de nuevas aulas (otras nueve más) implicaría compartir dicho personal y los gastos generales, por lo que se ha realizado así la distribución de costes fijos. Y concluye literalmente: “*Como ha quedado motivado en el considerando primero el importe a facturar por el concesionario (sic) estaría compuesto por un fijo y un variable que a su vez tendrá dos componentes, uno a determinar por el número de aulas puestas en servicio por indicaciones expresas de la entidad contratante y el otro, en atención a los usuarios del servicio de comedor”.*



3. La determinación de los criterios para las bajas desproporcionadas. Estima el informe del órgano de contratación que no fue necesario fijar en los pliegos las reglas para detectar las ofertas económicas incursas en presunción de valores anormalmente bajos o desproporcionados pues el coste mayoritario es el de personal (80,44% del presupuesto del contrato), estando el resto de los costes del mismo especificados y desglosados en el PPT.

4. La aplicabilidad del convenio colectivo. Sobre la posible aplicación del nuevo convenio colectivo del sector, el informe especifica que ha de quedar condicionado a que, en efecto, dicho convenio colectivo esté vigente a la fecha de finalización de presentación de las ofertas.

5. La consideración de las mejoras. Las mejoras introducidas como criterios de adjudicación del contrato son defendidas por el órgano de contratación, bajo los principios de libertad de criterio y de discrecionalidad a la hora de elegir los criterios de selección de los contratistas y la ponderación de los criterios de adjudicación pertinentes.

6. La oposición al criterio 12. A.1.3. sobre el criterio de adjudicación fundado en consideraciones sociales. La consideración, con una puntuación de 1 punto, de tener implantado en la empresa un Plan de Igualdad de Oportunidades o medidas en igualdad que se encuentren vigentes en la empresa, es considerado por el órgano de contratación como un criterio social de adjudicación que satisface con todos los requisitos exigidos por el artículo 145.5 de la LCSP, máxime cuando nos hallamos ante servicios sociales de los relacionados en el Anexo IV del referido cuerpo legal.

7. La oposición a que el director del servicio asuma la representación ante la Administración Educativa y ante los padres y las madres. En el informe del órgano de contratación se advierte que tal impugnación carece de fundamentación alguna, *“(...) e impide el normal funcionamiento del servicio. El objetivo de las funciones del director, recogidas en el apartado 1.6.2 del PPT es la prestación del servicio de forma coordinada con el Ayuntamiento, permitiendo el fácil acceso de los padres de los usuarios a la información relativa a los menores. De esta forma debemos diferenciar la prestación ordinaria del servicio concreto, cuyo representante ante los padres y la administración es el director del*



*servicio, de la figura del representante de la mercantil adjudicataria, con el que se tratarán las cuestiones pertinentes en relación con el contrato, tales como modificaciones, prórrogas, (...).”*

8. La consideración de que ciertas obligaciones esenciales son de carácter general e indeterminadas. En contra de la impugnación de esta cláusula, el informe del órgano de contratación expone que: *“En relación con la alegación octava del recurso, relativo a las obligaciones esenciales recogidas en la cláusula 25.3 del PCAP, de la a) a la e), hemos de decir que el recurrente ha sufrido una confusión. El error se basa en entender que las obligaciones esenciales recogidas en el pliego son asimilables a las condiciones especiales de ejecución del artículo 202 de la LCSP, y que se incluyen en la cláusula vigesimocuarta. En relación con las aludidas obligaciones esenciales debemos afirmar que están adecuadamente enumeradas de manera clara, precisa e inequívoca”.*

Concluye el órgano de contratación su informe instando a este Tribunal la desestimación del recurso, por entender que las cláusulas impugnadas son conformes a Derecho y respetuosas con los principios de publicidad, libre concurrencia, transparencia, aderezadas con la discrecionalidad del órgano de contratación para la elección de los criterios de selección y la ponderación de los mismos con el fin de alcanzar la búsqueda de la oferta que contenga la mejor relación calidad-precio.

**Séptimo.** Procede, en definitiva, que este Tribunal analice las alegaciones presentadas en el recurso para determinar la legalidad de las cláusulas impugnadas que afectan tanto al pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) como al de prescripciones técnicas (PPT).

Comenzaremos con la configuración del objeto del contrato, como unidad funcional contractual única, pese a diseñarse en dos prestaciones: el servicio de guarda y custodia y el servicio de comedor.

A tal respecto, hemos de apelar que si bien el artículo 99 de la LCSP ha exigido la necesaria división en lotes del objeto del contrato, como instrumento que permite el acceso a la contratación a las pequeñas y medianas empresas, no es menos cierto que, el referido



precepto en su apartado 3º permite al órgano de contratación motivar su no división; como ocurre en el supuesto que ahora enjuiciamos.

El artículo 99. 3 b) LCSP establece, como uno de los motivos válidos en que permiten justificar la no división en lotes del objeto del contrato, *“El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”*.

Conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal expresada, entre otras muchas, en la resolución 148/2019 de 22 de febrero, citada en la nº 411/2019, de 17 de abril *“(…) la nueva Ley de Contratos del Sector Público exige, como hemos visto, que la justificación de la no procedencia de dividir el contrato en lotes se encuentre reflejada en el expediente. El Tribunal considera admisible para no dividir el contrato en lotes el hecho de que se trate de “un servicio único, no divisible”, pero debe explicarse en el expediente por qué el servicio es único e indivisible (...)”*.

Es decir, la nueva LCSP no impide que la Administración configure el objeto del contrato atendiendo lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer. Por ello, como ha reconocido este TACRC en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución del TACRC 756/2014, de 15 de octubre). [1 *La concurrencia en los contratos no pasa necesariamente porque todos los licitadores puedan ofertar a todos los lotes. En el mismo sentido la Resolución del TACRC 652/2014.*] Pero debe tenerse en cuenta que: a) *La Administración puede invocar motivos válidos para la existencia de un solo lote, aunque debe justificarlos suficientemente en el expediente.* b) *Lo motivos que se contemplan en el artículo 93.3. a) y b) no constituyen un numerus clausus”*.



Partiendo de lo anterior debemos analizar si, en este caso, la Administración Local contratante ha justificado suficientemente la existencia de un solo lote.

En relación a este motivo de recurso, abundando en la motivación ofrecida en la cláusula 1.3 del PCAP, el informe sobre el recurso especial emitido por el órgano de contratación expresa: *“Es por ello que, por criterios de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, entendiéndose que debe existir una unidad en el mismo para que dichos parámetros se cumplan, es por lo que no se procedió a la separación por lotes, el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo, es causa suficiente para no proceder a la división por lotes, así como se justificó en el correspondiente informe del técnico municipal obrante en el expediente”*.

En definitiva, la potestad discrecional del órgano de contratación ha quedado encauzada en la correcta y en la debida motivación impuesta desde el artículo 99.3 letra b) de la LCSP, por lo que la no división del objeto del contrato de servicios en lotes, resulta conforme a Derecho.

**Octavo.** Se impugna por otro lado, el PPT en su cláusula 1.6.4 en relación con los costes fijos y costes variables del servicio, considerando la recurrente que no existe un precio cierto como estipula el artículo 102 de la LCSP ya que se deja su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, en este caso, el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas.

El tenor literal de la cláusula 1.6.3 del PPT se refiere al número de aulas máximo en apertura, personal imprescindible para cada aula, número mínimo de alumnado para poder abrirla y número máximo de alumno por aula, con las siguientes prescripciones:

*“1. Número de aulas máximas: 12. Tres de 4 meses a 1 año, cinco de 1 año a 2 años y cuatro de 2 años a 3 años.*

*2. Personal imprescindible para el desarrollo del servicio en todas las aulas abiertas: dos maestros/as de Educación Infantil; 10 Educadoras Infantiles, 4 auxiliares de jardín de infancia, 3 cocinero/as y 2 limpiador/a.*



3. *El número mínimo de alumnos/as para poder abrir un aula será el siguiente:*

- a) *Aula de 4 meses a 1 año: 6 niños y niñas.*
- b) *Aula de 1 a 2 años: 10 niños y niñas.*
- c) *Aula de 2 a 3 años: 15 niños y niñas.*

4. *El número máximo de alumnos/as por aula será el siguiente:*

- a) *Aula de 4 meses a 1 año: 8 niños y niñas.*
- b) *Aula de 1 a 2 años: 13 niños y niñas.*
- c) *Aulas de 2 a 3 años: 20 niños y niñas.*

Por su parte, por lo que respecta al cálculo de los costes, la cláusula 1.6.4 del PPT impugnada por la mercantil recurrente expresa que:

*“1.6.4. Número mínimo de aulas abiertas para la prestación del servicio, que supondrá un coste fijo reflejado en el presupuesto base de licitación detallado en este pliego de prescripciones técnicas (incluyendo el/la directora/a del servicio):*

- 1. *Número de aulas: 3. 1 aula de 4 meses a 1 año, 1 aula de 1 año a 2 años y 1 aula de 2 años a 3 años.*
- 2. *Personal imprescindible para el desarrollo del servicio: 1 maestros/as de Educación Infantil, 2 Educadoras Infantiles, 1 Auxiliar de Jardín de Infancia, y 1 limpiador/a, además del Director/a mencionado/a al inicio del apartado 1.6.4”.*

En la determinación del presupuesto base de licitación hemos de acudir a la cláusula 3 del PPT que lo desglosa en los siguientes conceptos:

- 1. *Costes fijos por número de aulas mínimas necesarias para la apertura del servicio y apertura del comedor. Estos costes fijos son derivados de los costes del personal que como mínimo se exige a la empresa adjudicataria: un director, un maestro, dos educadores, un*



auxiliar de jardín de infancia, personal de limpieza (30 horas/semanales) y personal de cocina (una jornada completa), que ascienden en su cómputo anual a 122.517 €

2. Costes variables por el resto del número de aulas que se podrían abrir (de tres a doce) y costes alimentarios del servicio de comedor, hasta completar el máximo previsto en el PPT, que ascienden en su cómputo anual a 479.130 €

Esta forma de cálculo del presupuesto base de licitación no queda indeterminado, tal y como afirma la recurrente, y además ha de ponerse en conexión con la cláusula 25 del PCAP que regla los abonos al contratista, donde se le exige previa a la expedición de la factura mensual, un informe (también mensual) expresivo de: la relación de usuarios durante el mes, el número de menús servidos, el informe de altas y bajas del alumnado en el mes y la relación nominal de trabajadores, con la indicación de la jornada y horario de trabajo.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto nos conduce a la desestimación de esta impugnación centrada en la indeterminación en el cálculo del presupuesto base de licitación; pues la vertebración entre costes fijos y los variables (producidos por la apertura de nuevas aulas) están previstos, determinados y cuantificados en la cláusula 3.5 del PPT.

**Noveno.** La mercantil recurrente impugna también la cláusula 14 del PCAP por no haber determinado los parámetros para la consideración de posibles ofertas incursas en valores anormalmente desproporcionados, considerando que tal defecto en los pliegos les hace acreedores de un reproche al menos, de anulabilidad, por contravenir lo impuesto por el artículo 149 de la LCSP.

El tenor literal de la cláusula 14 del PCAP indica que: *“Para esta contratación no se establecen parámetros para la consideración de que alguna oferta se encuentre incursa en presunción de anormalidad”*.

Por su parte, el artículo 149.2 de la LCSP dispone lo siguiente.

*“La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse*



*en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:*

*a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.*

*b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.”*

El precedente *TRLCSP* solo imponía como exigible la aplicación del procedimiento de apreciación de la viabilidad de la oferta cuando se hubiera formulado en términos que la hacen anormalmente baja cuando el único criterio de adjudicación fuese el del precio, dejando a la voluntad del órgano de contratación la introducción en el pliego de los parámetros objetivos que permitiesen identificar los casos en que una oferta se considerase anormal cuando de la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación se tratase.

Sin embargo, la nueva *LCSP* impone, mediante el empleo del verbo “*deber*”, establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta.

Coincidiendo en esto con el *TRLCSP*, la nueva *LCSP* establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, y en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de





modo que, de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente.

Así las cosas, el PCAP en su cláusula 14 incumplió la LCSP al impedir identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, sin que, sean aplicables las disposiciones reglamentarias para suplir la omisión, al ser el procedimiento de adjudicación por varios criterios de adjudicación y no solo por el precio.

Dado que se ha impugnado expresamente esta cláusula y en contra de lo fallado en la Resolución de este Tribunal nº 1.187/2018, de 28 de diciembre– en la que se impugnó la adjudicación, pero no el pliego- procede en este caso, estimar el recurso y aceptar la anulación de esta cláusula, debiendo el órgano de contratación suplir tal omisión y establecer la fórmula para detectar las ofertas económicas incursas en presunción de valores anormales o desproporcionados.

**Décimo.** La defensa de la mercantil, además recurre la cláusula 3.1.6 del PPT en lo que se refiere a la discriminación que puede generar en la presentación de las proposiciones la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo sectorial, pendiente de su publicación en el BOE.

Dentro de la determinación del presupuesto base de licitación ocupa especial interés la cláusula 3 del PPT al distinguir:

### 3.1. Costes de personal.

*“3.1.1. Atendiendo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 102.3 de la LCSP, al tratarse de un contrato en el que los costes laborales constituyen el coste económico principal, para la determinación de los costes laborales se ha tomado como referencia básica el Convenio de referencia aplicable, que es el Convenio Colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil. El XI Convenio fue aprobado en 2010 y las últimas tablas salariales aplicables datan de 2015, habiendo sido denunciado en 2016 y, por tanto, paralizada cualquier actualización de esas tablas.*”



3.1.2. *En julio de 2017 se constituyó definitivamente la mesa negociadora del XII Convenio no habiéndose llegado, a fecha de 7 de febrero de 2019, todavía a un acuerdo. Cuando tenga lugar, la aprobación de este nuevo Convenio supondrá una actualización de los salarios en los porcentajes que se aprueben, desde enero de 2016 hasta la fecha de aprobación, además de contener las previsiones de subida para los años venideros. Por tanto, para que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios de mercado y no comprometer la viabilidad del servicio durante la duración del contrato y, dado que el aumento de los costes salariales por convenio no puede el licitador repercutirlos posteriormente ni existir actualización de precios o modificación del contrato, se hay de tener en cuenta una previsión del aumento de costes salariales durante la duración estimada del contrato.*

(...)

3.1.6. *Dada la previsible aprobación del Convenio antes o una vez iniciado el periodo de duración del contrato (2 años), debemos hacer una previsión de aumento medio de estos costes de acuerdo con las recomendaciones derivadas de los acuerdos entre patronales empresariales y sindicatos. En concreto, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE nº 173, de 18 de julio de 2018), establece un aumento anual medio del 2 al 3%. Por tanto, tomando como base ese 2% sobre los costes actuales del convenio y como costes de partida para el inicio del Servicio, aplicamos un aumento acumulado entre 2016 y 2019 del 8% y, sobre estos costes, aplicamos un factor de compensación del 4% para compensar las subidas del año 2020 y 2021, dado que se aplica anticipadamente, desde el primer año del inicio del Servicio, ha también de servir para compensar parcialmente posibles subidas de convenio en el período de prórroga, pues no se preé revisión de precios con motivo de la misma.*

*ACLARACION sobre el apartado 3.1.6.: este apartado sólo tendrá efecto si el convenio colectivo de aplicación ha sido actualizado y está vigente a la finalización del plazo de presentación de ofertas”.*



A continuación, la cláusula 3 del PPT fija los costes salariales anuales para el personal relacionado teniendo en cuenta la puesta en marcha del número máximo de aulas (12 entre los dos centros), el personal mínimo necesario y su coste anual sería el siguiente:

PERSONAL	COSTE	NÚMERO	COSTE TOTAL
DIRECTOR/A	25.889,40 €	1	25.883 €
MAESTRO/A	25.551,84 €	2	51.104 €
EDUCADOR/A	17.207,40 €	10	172.074 €
AUXILIAR	16.564,32 €	4	66.257 €
PERSONAL LIMPIEZA	16.980,36 €	2 (30 h/semana)	26.124 €
PERSONAL COCINA		3 (1 jc, 2 jp)	45.793 €
PARTIDA ABSET, PERMISOS, ETC.			11.617 €
<b>COSTE TOTAL ANUAL</b>			<b>398.852 €</b>

El reproche sobre tal forma de calcular los costes laborales (teniendo en consideración el número máximo de aulas que se pueden autorizar, un total de 12) se centra, a juicio de la recurrente en la vulneración del artículo 100 LCSP que obliga a tener en cuenta el convenio colectivo de aplicación. Entiende que la aplicación de las subidas salariales fruto de la aprobación del XII Convenio del sector puede provocar discriminaciones entre las licitadoras a la hora de cuantificar su oferta económica.

La condición impuesta en el PPT en su cláusula 3.1.6 de la aplicación de las revisiones salariales en función de la entrada en vigor del XII Convenio colectivo y está vigente a la finalización del plazo de presentación de ofertas, no contraviene el precepto citado que exige que, *“En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*. En este caso, el PPT ha calculado los costes salariales en función del convenio laboral de referencia, vigente el XI Convenio Colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y Educación Infantil.



Bajo las potestades discrecionales de que goza el órgano de contratación y dado que el XII Convenio Colectivo de ámbito estatal ha sido aprobado y está pendiente de su publicación en el BOE para su entrada en vigor, se ha querido condicionar los incrementos salariales a que a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones hubiera ya entrado en vigor el nuevo Convenio Colectivo. Actuación esta que resulta coherente con la Recomendación dada desde la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de fecha 10 de diciembre de 2019 dada a los órganos de contratación de la Administración General del Estado en la que se venía a considerar que: *“En conclusión, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado estima, por virtud de los precedentes argumentos, que ni en el caso de que el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato ni en el caso de que sea un coste relevante, la variación de tales costes como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable justifica la modificación del contrato”*.

La vinculación con los convenios colectivos sectoriales a la hora de la determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, ha experimentado un notable cambio a raíz de la entrada en vigor de la LCSP (artículos 100 y 101) y así se ha hecho notar en varias Resoluciones de este Tribunal, ejemplo, la nº 638/2018, de 29 de junio, donde se venía a afirmar que: *“A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación”*.

El hecho de que el pliego haya querido contemplar en los costes laborales, los incrementos salariales que puede provocar la entrada en vigor del XII Convenio colectivo estatal del sector, para evitar desequilibrios económicos posteriores, no resulta contrario a las normas rectoras de la LCSP (artículos 100 y 101), pues en su caso, se han considerado los costes salariales de conformidad con el convenio colectivo sectorial de aplicación.

**Decimoprimeramente.** En otra de las consideraciones jurídicas del recurso, se impugna la cláusula 12 referidas a mejoras del servicio valoradas económicamente, que, a juicio de la recurrente, no reúnen los requisitos que para las mejoras dispone el artículo 145.7 de la



LCSP, en especial, las referidas en el apartado A.1.1. y A.1.5. Para la descripción del contenido de dichos criterios de adjudicación, llamados “mejoras” hemos de estar al tenor literal del pliego, en su cláusula 12. Y así:

“Cláusula duodécima. Criterios de adjudicación.

A. Criterios cuantificables automáticamente, se puntuarán en orden decreciente:

A.1. Mejoras del servicio, valoradas económicamente (50 puntos).

*Serán valoradas aquellas mejoras que estén directamente relacionadas con el servicio. Las mejoras deberán venir cuantificadas en la oferta, descartándose aquellas cuyo valor cuantitativo no venga expresado como tal, estas mejoras serán sin coste alguno para este Ayuntamiento. Serán considerados como mejoras:*

*A.1.1. Mejoras en el servicio: nº de horas en actividades gratuitas, extraordinarias, relacionadas con el objeto del contrato (Escuela de padres y madres, servicios de conciliación en fines de semana, vacaciones, festivos, ludotecas...) cuyos horarios y lugar de realización serán establecidos por la Concejalía responsable del servicio, estando destinados a las familias usuarias del mismo (12 puntos).*

*A.1.5. Mejora de los materiales y equipamiento de uso para el desarrollo del servicio que facilitan la prestación del mismo valorado económicamente (15 puntos).*

*A.1.5.1. Equipamiento didáctico no fungible a incorporar al inventario de cada uno de los edificios donde se presta el servicio (5 puntos).*

*A.1.5.2. Equipamiento lúdico no fungible para aulas a incorporar al inventario de cada uno de los edificios donde se presta el servicio (5 puntos).*

*A.1.5.3. Equipamiento lúdico no fungible para patios a incorporar al inventario de cada uno de los edificios donde se presta el servicio (5 puntos).*



Para que nos hallamos ante mejoras con los requisitos y limitaciones que establece el artículo 145 LCSP han de concurrir los elementos que define el párrafo 7º de este precepto, cuya dicción literal reza así:

*7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.*

*En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.*

*Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.*

*Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación”.*

Las “mejoras” así llamadas en la cláusula 12 del PCAP, - A.1.1 y A.1.5- impugnadas por la mercantil recurrente son auténticos criterios objetivos de adjudicación (valorables mediante fórmulas matemáticas expresadas en dicha cláusula) del contrato relacionados y vinculados con las prestaciones objeto del servicio y sin que constituyan en sentido estricto, mejoras del artículo 145.7 de la LCSP

Recordemos que, mejoras son prestaciones adicionales a las propias del contrato licitado según los pliegos, que se pueden incluir en la única oferta a realizar para ser apreciadas como criterio de adjudicación de tipo residual, normalmente, y que tienen mero carácter accesorio o complementario de las prestaciones que integran el objeto del contrato licitado. No son ofertas variantes, por lo que su inclusión en la proposición no rompe el principio y requisito del principio de unicidad de proposiciones u ofertas y su excepción, las variantes autorizadas (un licitador, una oferta o proposición); no han de ser expresamente



autorizadas en los pliegos, ni por ello delimitar sus requisitos, modalidades, etc. Basta que figuren como criterio de adjudicación con la ponderación que se les atribuye como cualquier otro criterio de adjudicación. Sin embargo, y pese a que el pliego les denomina “mejoras” su naturaleza jurídica responde a auténticos criterios objetivos de adjudicación del contrato, evaluables mediante las fórmulas matemáticas establecidas en el pliego.

En conclusión, tampoco puede prosperar el motivo de impugnación centrado en esta cláusula 12 del PCAP, pues en este caso, no son mejoras en sentido estricto, es decir, ofertas adicionales a la básica, que alteran, cambian o modifican el objeto o las prestaciones del contrato de servicios.

**Decimosegundo.** También impugna la mercantil INICIATIVAS LOCALES, S.L., la introducción como criterio de adjudicación de una consideración de carácter social establecida en la cláusula 12 del PCAP con el siguiente tenor:

*“A.1.3. Tener implantado en la empresa un Plan de Igualdad de Oportunidades o Medidas en Igualdad que se encuentren vigentes, presentado copia firmada del mencionado Plan o declaración responsable con las medidas en igualdad que se estén aplicando en la empresa (1 punto).*

En definitiva y pese a su escasa valoración, 1 punto, hemos de analizar si este criterio social de adjudicación del contrato, contar con un Plan de Igualdad o Medidas en Igualdad por parte de las empresas, cumple con los requisitos del artículo 145.5 y 6 de la LCSP que han de conciliarse con una interpretación conforme a la Directiva 2014/24/UE (artículo 67) que la ley interna ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico (Resolución nº 235/2019, de 8 de marzo).

Lo que pretende con tal consideración social incorporada como criterio de adjudicación es el impulso de la llamada contratación socialmente responsable. A tal efecto, hemos de recordar que recientemente se ha publicado por Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la 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 (BOE nº 125 de 25-5-2019).

A la precisión anterior, ha de añadirse que nos encontramos ante un contrato de servicios de los del Anexo IV de la LCSP en que por razón de su objeto contractual se erigen como criterios de adjudicación del contrato.

Empero, cualquier consideración social, medioambiental, laboral o de innovación como criterio de adjudicación del contrato necesariamente ha de superar el parámetro de los requisitos queridos por el legislador en el artículo 145.5 y 6 de la LCSP y en especial, su vinculación con el objeto contractual.

El art. 145 LCSP dispone lo siguiente en lo que aquí interesa:

*“2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.*

*Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:*

*1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;*

*Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.*





*Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato”.*

Se exige pues que tenga vinculación con el objeto del contrato en los términos del apartado 6 del propio artículo, que establece que

*“6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

*a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*

*b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.*

Las complejas previsiones de este artículo han sido objeto de pronunciamientos recientes por parte de este Tribunal, que ha venido a definir que debe entenderse por vinculación al objeto del contrato.



Así la Resolución nº 235/2019 de 8 de marzo, tras un extenso análisis de la normativa española y comunitaria en la materia sostiene lo siguiente:

*“De lo expuesto hasta ahora, resulta que solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas.*

*Con arreglo a la Directiva 2014/24, solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Además, algunas consideraciones están limitadas en su aplicación, como los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, y otras solo pueden operar como condiciones especiales de ejecución.*

Octavo. *Cumplido el requisito anterior para que un criterio de adjudicación sea admisible como tal, el segundo aspecto que determina si los dos criterios de adjudicación impugnados son admisibles o no por ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, es que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público, que son:*

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.*
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.*



*c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.*

*d) Deben publicarse previamente.*

*De esos cuatro requisitos interesa aquí examinar someramente los requisitos a) y c).*

*Sobre el primer requisito, vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, la Directiva 2014/24, en su Considerando 98, determina que:*

*(98) «Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate».*

*Y el artículo 67.3 de la misma Directiva determina que: «Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:*

*a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios*

*b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».*

*De los textos expuestos resulta claramente que un criterio de adjudicación cumple el requisito indicado si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto.*

*Ahora bien, solo será admisible como tal criterio de adjudicación si además cumple el requisito propio sustancial de cualquier criterio, que es el más arriba reseñado de que*



*afecte al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnicas.*

*Sobre el segundo requisito del criterio (debe respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento) debe indicarse que un criterio de adjudicación no es admisible si es contrario a la igualdad entre operadores o es discriminatorio, lo cual ocurre o puede ocurrir si evalúa unas mejoras sobre las condiciones salariales establecidas en un convenio de ámbito territorial determinado respecto de las establecidas en el convenio de otro ámbito territorial distinto dentro del territorio nacional, o respecto de empresas de otros países miembros, bien sean mejores, bien sean peores, pues si una licitadora ya acude con unas condiciones salariales según su convenio territorial, inferiores a las del convenio territorial del poder adjudicador, se verá discriminada respecto de las empresas de ese territorio, o si ya tiene condiciones salariales mejores se verá favorecida, lo que determinaría desigualdad y discriminación.*

*Noveno. Procede, a continuación, examinar si los dos concretos criterios de adjudicación impugnados en este recurso cumplen o no los requisitos expuestos para ser admisibles como criterios de adjudicación. No obstante, con carácter previo debemos poner de relieve ciertos aspectos.*

*El primero es que es indudable que ese examen deberá hacerse desde la perspectiva de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, si bien interpretando ésta a la luz de la Directiva citada, pues, a fin de cuentas, dicha LCSP transpone aquélla al ordenamiento interno, por lo que los conceptos básicos empleados y su régimen han de interpretarse en función prevalente de la Directiva citada, que es la fuente de la regulación de la LCSP. Así, un criterio de adjudicación solo será admisible si cumple la condición establecida en la Directiva 2014/14 de que permita valorar las ofertas en términos de rendimiento del contrato, de la obra, el suministro o el servicio, tal y como es definido en las especificaciones técnicas, es decir, que pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, la ejecución de su objeto.*



*Por otra parte, el hecho de que la Directiva 2014/24 y la LCSP regulen unas mismas materias, si bien ésta transpone aquélla al ordenamiento interno español, puede determinar la existencia de aparentes contradicciones; no obstante, ello no se plantea en este caso, pues la regulación de la LCSP siempre será susceptible de armonizarse con la de la Directiva al no incurrir en modo alguno en infracción de la misma. En concreto, en materia de criterios de adjudicación, es obvio que la LCSP no contiene concepto y determinación alguna para definir qué es un criterio de adjudicación. Por el contrario, la Directiva sí lo contiene, y resulta de uno de sus Considerandos, que deriva de la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, determinar qué cualidad debe concurrir en un criterio de adjudicación para ser admisible, ha de buscarse en la Directiva citada. Por el contrario, el solo hecho de que la LCSP relacione una serie de finalidades a las que pueden referirse, entre otras, las características sociales del contrato, que no menciona expresamente la Directiva o que parece reconducirlas a una operatoria diferente, no implica que el criterio de adjudicación no pueda operar como tal, sino que solo podrá hacerlo si se configura de forma que concurra en él la cualidad que le hace ser admisible como criterio de adjudicación, que es determinar un mejor nivel de rendimiento del contrato, de su objeto prestacional o de la calidad de su ejecución.*

En cualquier caso, en la resolución de las cuestiones planteadas en este recurso, cabe perfectamente una interpretación armónica de la LCSP conforme con el contenido de la Directiva 2014/24. Tal y como afirma la Audiencia Nacional en su Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Recurso nº 193/2018:

*«En conclusión, en caso de contradicción entre la norma nacional y la comunitaria debe plantearse cuestión prejudicial si existieran dudas sobre el alcance del Derecho de la Unión sobre la institución regulada por el Derecho Nacional; pero en el caso de que no existieran dudas, y la vulneración infringida por el Derecho Nacional resulte evidente, lo que procede es su inaplicación en favor del de la Unión, sin necesidad de formular cuestión prejudicial».*

Estos criterios generales pueden verse complementados con el pronunciamiento de este Tribunal respecto de la valoración de la inclusión de planes de igualdad como criterio de adjudicación de un contrato de servicios, que se contuvo en la resolución 660/2018 de 6 de julio, en la cual se sostiene que:



*“Empezando por el primero de los criterios discutidos, “disponer de un plan de igualdad registrado en REGCON”, este Tribunal entiende que este criterio incumple la LCSP toda vez el mismo no está referido, como exige la ley, a su aplicación en la ejecución del contrato, sino a la empresa licitadora en su conjunto y de forma previa a la formalización del contrato.*

*Conforme al artículo 145.5.a) de la LCSP los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato, no considerando este Tribunal que un plan de igualdad previo de la empresa en su conjunto, guarde esta vinculación. La LCSP establece como criterio válido de valoración de ofertas los “planes de igualdad”, pero “aquellos que se apliquen en la ejecución del contrato”, lo que no sucede en el presente caso.*

*Nos encontramos con la valoración, como criterio de adjudicación, de una “característica de empresa”, no referida al objeto del contrato, que como establecen las Directivas comunitarias y ha afirmado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes 17/11 y 13/98, referidos a la experiencia de la empresa, no puede utilizarse como criterio de adjudicación. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los planes de igualdad de sexos son legalmente obligatorios para las empresas de más de 250 trabajadores, mientras que son voluntarios para la mayoría de las restantes empresas, por lo que su establecimiento como criterio de adjudicación podría producir un efecto discriminatorio respecto de las empresas que carecen de dicho plan, especialmente respecto de las pequeñas y medianas empresas cuyo acceso a la contratación pública se trata también de facilitar.*

*(...)*

*Además de lo anterior, este Tribunal considera que lo establecido en el artículo 145.2, es decir, que puedan utilizarse como criterios de adjudicación “los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres”, en la medida en que se trata de elementos caracterizadores de la identidad de las empresas y no de la naturaleza de la prestación, deberían siempre interpretarse a la luz de lo dispuesto por la Directiva 2014/24/UE, cuyo Considerando 97 establece lo siguiente:*



*“No obstante, la condición de que exista vínculo con el objeto del contrato, excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, servicios o suministros adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa”.*

*Este precepto de la Directiva contiene un mandato claro y, por tanto, se considera que tiene efecto directo, y que debe prevalecer sobre la legislación nacional”.*

Esta resolución -citada en la más reciente nº 388/2019, de 17 de abril-, considera discriminatoria la inclusión como criterio de adjudicación otorgar puntos por el establecimiento de planes de igualdad en las empresas, los cuales no son obligatorios para todas las empresas según la propia legislación.

En coherencia con dichas consideraciones procede estimar el motivo de impugnación de la cláusula 12 en el apartado A.1.3.

**Decimotercero.** Centrándonos en el estudio de las funciones encomendadas por el PPT al Director en la cláusula 1.6.2, también impugnada en este recurso especial, cuyo contenido expresa que:

*“1.6.2. Se establece que haya una/un directora/or del servicio de conciliación de la vida laboral y familiar mediante la Educación Infantil del Primer Ciclo, siendo sus funciones las siguientes:*

*a) Asumir la representación del servicio prestado ante la administración educativa y municipal, así como ante los padres y madres”.*

Se trata de una mera representación formal, sin que implique una sustitución o traslación de la responsabilidad del contratista en la relación contractual trazada mediante la adjudicación y la formalización del contrato.



No olvidemos que se tratan de servicios especiales del Anexo IV de la LCSP (servicios de enseñanza preescolar) que tienen como destinatario final a los ciudadanos, en este caso, a los usuarios de las Escuelas de Educación Infantil, por lo que dentro de las funciones de dirección es lógico que se incardinan las de representación ante la administración educativa y municipal, así como ante los padres de los alumnos, destinatarios del servicio.

Dichas funciones de representación no empañan la relación contractual y la asunción de todas las responsabilidades derivadas de la ejecución contrato a cargo del futuro adjudicatario-contratista, razón por la cual carece de eficacia invalidante las alegaciones de la recurrente en torno a la nulidad de esta cláusula.

**Decimocuarto.** Por último, se recurre por INICIATIVAS LOCALES, S.L., la cláusula 25.3 del PCAP en la que se relacionan las obligaciones esenciales del contrato, en concreto las relacionadas desde la letra a) a e) ambas inclusive. El motivo de la impugnación se centra en que estas obligaciones esenciales a que pueden ser causas de resolución del contrato están recogidas de forma general, sin que cumplan los requisitos de precisión y claridad que requiere el artículo 211.1 de la LCSP.

A tenor de la cláusula 25.3 del PCAP tendrán la consideración de obligaciones esenciales de ejecución del contrato las siguientes (entre otras):

*“a) El cumplimiento de la propuesta del adjudicatario en todo aquello que haya sido objeto de valoración de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos para el contrato.*

*b) Las obligaciones establecidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con la subcontratación.*

*c) Las obligaciones establecidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas en relación con la adscripción de medios personales y materiales a la ejecución del contrato.*

*d) El cumplimiento estricto de las medidas de seguridad y salud previstas en la normativa vigente y en el plan de seguridad y salud.*





*e) El pago de los salarios a los trabajadores y su retención de IRPF, así como el abono puntual de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social”.*

Se advierte que no se tratan de condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 202 de la LCSP) sino de obligaciones esenciales que el pliego las eleva a la similitud de obligación principal y, por ende, ante un eventual incumplimiento de cualquiera de ellas, se pueden convertir en causa de resolución del contrato ex artículo 211.1, letra f) de la LCSP.

El artículo 211 de la LCPS establece en su párrafo 1º que son causas de resolución del contrato:

*“f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.*

*Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:*

*1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.*

*2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.”*

La impugnante trae a colación para reforzar que dichas obligaciones esenciales no son claras, precisas e inequívocas una Resolución de este Tribunal, la nº 1.071/2018, de 23 de noviembre, empero no es de aplicación al supuesto que ahora nos ocupa, pues se trató de evaluar condiciones especiales de ejecución del artículo 202 de la LCSP y no, de obligaciones esenciales cuyo incumplimiento se elevan a ser una causa de resolución contractual al amparo del artículo 211.1 letra f) de la LCSP.

La limitación de la libertad de pactos, esto es, la introducción de obligaciones que resulten contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena



administración, queda salvaguardada en las obligaciones esenciales impugnadas por la recurrente.

De otro lado, su formulación no ofrece dudas que lo que pretende es reforzar el cumplimiento de los criterios de adjudicación valorados, las obligaciones en materia de subcontratación, la adscripción de medios personales y materiales, el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud (impuestas legalmente) y el pago de los salarios a los trabajadores y de las cotizaciones a la Seguridad Social; por lo que este Tribunal considera que han sido redactadas de forma precisa, clara e inequívoca en la cláusula 25.3 del PCAP impugnada; razón por la cual, este motivo también ha de ser rechazado.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto, hemos de sistematizar que de los ocho motivos de impugnación de los pliegos esgrimidos por la recurrente INICIATIVAS LOCALES, S.L. solo merecen favorable acogida dos de ellos; por lo que procede la estimación parcial del recurso. En concreto, se han de revisar las cláusulas 12 y 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares. La cláusula 12 referida a la introducción como criterio de adjudicación de una consideración social, cual es, contar con Planes de Igualdad y la cláusula 14, por preterición de las reglas o fórmulas que, ante la existencia de varios criterios de adjudicación son exigibles para la apreciación de aquellas ofertas incursas en presunción de valores anormalmente bajos o desproporcionados.

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F. F. C. T., en nombre y representación de la mercantil INICIATIVAS LOCALES, S.L., contra el anuncio y los pliegos rectores del procedimiento “*Contrato de conciliación de la vida laboral y familiar mediante la educación infantil de primer ciclo. Cursos Escolares 2019-2020 y 2020-2021*”, convocado por el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, anulando las cláusulas 12 y 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación de los pliegos.



**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento decretada por Resolución de 11 de junio de 2019.

**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 58.2 de la LCSP.

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 la Región de Murcia, 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.