



Recurso nº 1077/2018 C.A. Región de Murcia 99/2018

Resolución nº 38/2019

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

En Madrid a 24 de enero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.D.D.L.R.D.S.J., en representación de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA contra “*los pliegos*” de la licitación convocada por la Universidad de Murcia para contratar el servicio de “*Limpieza en edificios y espacios exteriores en la Universidad de Murcia*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante resolución del Rector de la Universidad de Murcia de fecha 19 de septiembre de 2018, se inicia expediente para la contratación del servicio de “Limpieza en edificios y espacios exteriores en la Universidad de Murcia, en tres lotes”, por importe de 16.373.632,20 € y valor estimado de 40.595.782,26 € El anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el 2 de octubre de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Estado con fecha 1 de octubre de 2018. El procedimiento se rige por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Segundo. Con fecha 22 de octubre de 2018 la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL), presenta recurso especial en materia de contratación contra los referidos Pliegos, alegando que determinadas cláusulas so se ajustan a lo establecido en el Artículo 145 LCSP.

Tercero. El Tribunal ha solicitado al órgano de contratación que se le envíe el expediente y el correspondiente informe.

Cuarto. Por Resolución de fecha 2 de noviembre de 2018 la Secretaria del Tribunal acuerda la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con los artículos 49 y 56 de la LCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Convenio celebrado con la Comunidad Autónoma de La Región de Murcia, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de noviembre 2012.

Segundo. Se recurren los Pliegos que han de regir la adjudicación del procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) 2.a) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Tercero. La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Cuarto. La asociación recurrente, alega que en el PCAP aparecen como criterios de adjudicación, tanto la bolsa de horas extraordinarias anuales, como el sistema de control de presencia mediante huella dactilar, sin establecer una banda con un máximo, lo que



provoca distorsiones y falta de equilibrio en la contratación y vulnera el principio de concurrencia.

Al no establecerse un tope máximo a las horas fijadas o un número máximo de dispositivos, permite ofrecer, según el recurrente, un número de ambas cosas completamente desproporcionado, cercano al infinito, lo que provocará distorsiones en la valoración dado que la empresa que ofrezca mayor número de ambas cosas hora o dispositivos, aunque sean excesivas y desproporcionadas e imposibles de cumplir, tendrá una valoración máxima, calculándose la puntuación del resto de licitadores de manera proporcional, lo cual supone una infracción de los principios de igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia. Por lo que pide se limite de forma fehaciente atendiendo a su coste de mercado ambas valoraciones, que tienen una incidencia importante en el precio.

El órgano de contratación alega a su vez que la falta de concreción de un límite máximo en los dos criterios aludidos (bolsa de horas extraordinarias anuales y sistema de control de presencia mediante huella dactilar), no puede entenderse que vulnere el principio de libre concurrencia como manifiesta el reclamante, pues dichos criterios de adjudicación, están vinculados al objeto del contrato, se recogen en el pliego de forma concreta y específica, y se señala el número máximo de puntos a obtener mediante la fórmula aritmética que se debe aplicar. Además, manifiesta el órgano de contratación que vigilará el cumplimiento de las horas comprometidas y descontará, en su caso, el importe de las que no se presten.

Quinto. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un asunto similar (anulación de la cláusula de que regulaba la mejora consistente en el aumento del número de horas. En la misma se decía que *“en el caso ahora analizado, al no fijarse un número máximo de horas en el PCAP, se hace prácticamente imposible para el licitador, ante tal indeterminación, conocer la valoración que va a tener su oferta de número de horas adicionales, lo que genera inseguridad e impide que se cumplan los criterios expuestos sobre el grado de concreción que ha de cumplir la mejora para que pueda ser utilizada válidamente en los PCAP como criterio de adjudicación, por lo que debe estimarse el recurso en este punto”*.



Sin embargo, la doctrina citada debe entenderse limitada a las mejoras en sentido estricto, es decir, a las a las que suponen “*prestaciones adicionales no definidas en los Pliegos* tal como hemos expresado en nuestra reciente resolución 1259/2018. Para resolver esta cuestión debemos fijar, en primer lugar, qué interpretación procede hacer del artículo 145.7 de la LCSP, cuando define las mejoras a efectos de la exigencia de los requisitos que establece dicha ley, como: “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”.

La expresión “prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto” se puede entender de dos maneras distintas:

- Todas las adicionales que exceden de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria, o
- Solamente aquellas prestaciones adicionales no “definidas” en los pliegos.

Este Tribunal se decanta por la segunda interpretación porque el precepto transcrito, después de fijar la definición, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar la naturaleza de las prestaciones establecidas en el PPTP, ni el objeto del contrato. Es evidente que las prestaciones ofrecidas, no obligatorias, que “mejoren” las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto del contrato. Por ello, parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP son aquellas prestaciones “adicionales y distintas” a las definidas en el proyecto.

El criterio que estamos analizando, la bolsa de horas adicionales de servicio, es claramente relativa al principal servicio que exigen los pliegos como obligatorio: la prestación de apoyos de carácter personal, doméstico o social, en el domicilio familiar, para contribuir al mantenimiento de las personas con limitaciones en su autonomía, en su medio convivencial habitual (cláusula 2 del PPTP). Por lo que, conforme a lo razonado anteriormente, debemos concluir que no estamos en presencia de una de las mejoras a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP.



Por tanto, no se considera aplicable el requisito que exige dicho artículo relativo al establecimiento de “límites”, debiendo resolver el presente recurso en el mismo sentido desestimatorio que en nuestra Resolución 619/2017 (Recurso 446/2017), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, ante un supuesto similar, dijimos:

“2. Impugnación de la cláusula 7.4.2 A,) criterio evaluable de forma automática, consistente en una bolsa de horas total para los cuatro años de duración del contrato.

Alega el recurrente que el hecho de no existir un límite de hora a ofrecer dará lugar a que se presenten ofertas con números de horas exageradas, cuyo cumplimiento sería harto improbable ya que se trata de horas para servicios extraordinarios, para necesidades sobrevenidas de carácter excepcional.

Este Tribunal entiende, en cambio, que el importe de cada uno de los aspectos de mejora que los distintos licitadores ofrezcan a la Administración estará determinado por los costes que dicho ofrecimiento les pueda suponer, el precio ofertado para la realización total del contrato, y el número parámetros de mejora que consideren que racionalmente puede beneficiar a la Administración.

La puntuación obtenida por cada licitador en este criterio de adjudicación se determina objetivamente, en aplicación del criterio proporcional establecido en el pliego.

El órgano de contratación podría haber establecido un límite máximo en cuanto al número de horas de mejora, lo que se consideraría preferible, pero el hecho de no hacerlo no se estima que incumpla la normativa, ni los principios de la contratación pública”.

Sexto. Respecto de la instalación de dispositivos de control de presencia mediante huella dactilar, concurren, a diferencia de lo dicho respecto de las horas extraordinarias, los requisitos exigidos por el Art. 145,7 de la LCSP para las mejoras debiéndose fijar por ello los límites cuantitativos precisos para la valoración de la mejora, de acuerdo con lo dispuesto por el precepto legal citado, debiéndose estimar el recurso interpuesto por este concepto.

Por todo lo anterior,



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.J.D.D.L.R.D.S.J. en representación de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA contra “*los pliegos*” de la licitación convocada por la Universidad de Murcia para contratar el servicio de “*Limpieza en edificios y espacios exteriores en la Universidad de Murcia*”, anulando la Cláusula I 2 apartado d), del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al no incluir un tope máximo de dispositivos a ofrecer por los licitadores en sus ofertas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 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 Comunidad Autónoma de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.



Voto particular que formula Manuel Renedo Omaechevarría respecto del acuerdo de aprobación de la ponencia de Resolución del recurso nº 1077/2018, adoptado por la mayoría del Tribunal en su reunión del día 24 de enero de 2019

Discrepo de mis compañeros en lo que se refiere a la desestimación del recurso 1077/2018 en cuanto a la no fijación de límites a la mejora consistente en la prestación de horas extraordinarias. La resolución se fundamenta para ello en que lo dispuesto por el art. 145,7 de la LCSP en cuanto a la fijación necesaria de límites a las mejoras no es aplicable a todas las mejoras sino tan sólo a aquéllas que supongan “prestaciones adicionales y distintas” a las fijadas en los Pliegos.

A mi juicio esta diferenciación entre distintas mejoras no tiene lógica ni fundamento legal alguno, pues el art. 145,7 citado es bien claro al exigir para todas las mejoras que *“estén 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 vinculación con el objeto de contrato”*.

Pues bien, en el caso que nos ocupa la mejora consistente en el aumento de horas extraordinarias carece de cualquier límite o concreción, pudiéndose por ello ofertar un número desmesurado e imposible de horas, sin que la voluntad de vigilar el cumplimiento de las horas ofertadas y de descontar las que no se presten, pueda solucionar la cuestión pues dichas horas habrán sido ya tenidas en cuenta para la valoración de la oferta y la adjudicación de contrato.

Por ello entiendo que el recurso debió estimarse en este punto, confirmando de este modo lo que ha sido doctrina tradicional de este Tribunal, expresada, entre otras en el la Resolución número 612/2015 dictada en el Recurso 539/2015, según la cual: En el Fundamento de Derecho Décimo de dicha resolución se decía: *“Para analizar la legalidad de esta mejora, debe partirse de lo establecido con carácter general en el artículo 150 del TRLCSP, que impone el conocimiento detallado de los criterios de valoración de las ofertas con carácter previo a su presentación: "Criterios de valoración de las ofertas (...) 2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...) 4. Cuando*



se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia. 5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse (...).

En particular, por lo que se refiere a la concreción exigible a los pliegos de contratación, la doctrina de este Tribunal, ha sido recientemente resumida en resolución nº 575/2014, que al efecto ha señalado: “Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación. Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”.

De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta



*económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios. De acuerdo con lo expuesto, **en el caso ahora analizado, al no fijarse un número máximo de horas en el PCAP, se hace prácticamente imposible para el licitador, ante tal indeterminación, conocer la valoración que va a tener su oferta de número de horas adicionales, lo que genera inseguridad e impide que se cumplan los criterios expuestos sobre el grado de concreción que ha de cumplir la mejora para que pueda ser utilizada válidamente en los PCAP como criterio de adjudicación, por lo que debe estimarse el recurso en este punto; tal y como es criterio reiterado de este Tribunal, plasmado entre otras en Resolución 841/2014, de 7 de noviembre de 2014, cuando señala: “Como indicábamos en una resolución anterior (Resolución 499/2013, de 6 de noviembre), “esta circunstancia permitiría fácilmente atentar contra el principio de igualdad y libre concurrencia si previamente existiera un acuerdo entre el órgano de contratación y alguno de los licitadores en el sentido de no exigir la prestación de las citadas horas... Para evitarlo, bastaría con que el PCAP hubiera establecido un límite máximo en el número de horas sin coste que pudieran ofrecer los licitadores...”. Como se recordaba en esa Resolución, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la conveniencia de que los pliegos establezcan márgenes de referencia dentro de los cuales deban situarse los valores de las mejoras”.***

En el mismo sentido nos pronunciamos en la Resolución 324/2017.

Pues bien, el principio de unidad de doctrina nos debería haber llevado a resolver el presente recurso en el mismo sentido, al no establecerse un tope máximo a las horas fijadas, que puede provocar distorsión en la valoración.