



Recurso nº 22/2020 C. Valenciana nº 9/2020

Resolución nº 530/2020

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

En Madrid, a de 8 de abril 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.J.P.S., en representación de EULEN, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el procedimiento de adjudicación para la contratación del “*Servicio de limpieza y recogida de residuos en los edificios y dependencias del Ayuntamiento de Castellón de la Plana*”, este tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 16 de diciembre de 2019, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación y los pliegos que iban a regir el expediente de contratación de “*Servicio de limpieza y recogida de residuos en los edificios y dependencias del Ayuntamiento de Castelló de la Plana*”, con número de expediente 42082/2018.

En fecha 26 de diciembre de 2019 se publicó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Publico, aclaración sobre el tamaño de ficheros y forma de presentación de la documentación a incluir en el sobre B, en respuesta a la solicitud de información al respecto a través de la citada plataforma.

El objeto del contrato, lo constituye el servicio de limpieza de los edificios y dependencias del Ayuntamiento de Castellón relacionados en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas que incluye la recogida de forma selectiva de los residuos que se generen en los edificios incluidos en el contrato, con un valor estimado de 5.884.243,96 € y un plazo de duración de tres años, con una posible prórroga por periodo de dos años.



Segundo. El plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 13 de enero de 2020. A dicho procedimiento se presentaron cuatro empresas. EULEN, S.A., no se presentó al procedimiento.

Tercero. En fecha 8 de enero de 2020, EULEN, S.A. presenta a través de su representante, recurso especial en materia de contratación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación, en el que solicita la nulidad de las cláusulas 8.5.B.1.1., en relación con la cláusula “Criterios cuya valoración depende de un juicio de valor”- 10.B.1 PROPUESTA TÉCNICA – Estudio y conocimiento del servicio a realizar y la cláusula “Criterios evaluables de forma automática 10.C.1 – PROPUESTA DE HORAS AL ALZA.

Cuarto. El 22 de enero de 2020 la Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, trámite evacuado por SERVICIOS LEVANTE, S.A. el 29 de enero.

Quinto. El 28 de enero de 2020, la Secretaria del Tribunal por delegación de este, acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación, sin que este afecte al plazo de presentación de ofertas, 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 texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y el Convenio suscrito al efecto entre el entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma Valenciana el 10 de abril de 2013 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 17 de abril de 2013, convenio



que ha sido prorrogado por resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado el 21 de marzo de 2016.

Segundo. En cuanto al objeto del recurso, lo constituye un contrato de servicios que supera el umbral vigente para la interposición. Esto es, el valor estimado es superior a cien mil euros por lo que, según lo establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP, estamos ante un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación. El objeto del contrato lo constituye el pliego de cláusulas administrativas particulares, documento al que se refiere expresamente el artículo 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. El recurso se ha presentado ante el registro telemático del Tribunal el 8 de enero de 2020, por lo que se interpone en plazo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que no han transcurrido 15 días hábiles desde el día siguiente a la publicación en la Plataforma General de Contratación del Sector Estatal del anuncio con los pliegos (16 de diciembre de 2019) y la interposición del recurso.

Cuarto. El recurrente impugna los pliegos, si bien, no se presenta a la licitación habiendo transcurrido el plazo para ello. Por ello, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 48 y 55.b) de la LCSP, procede hacer un examen de la legitimación del recurrente, como cuestión previa al estudio del fundamento del recurso. Como hemos señalado en numerosas resoluciones, la LCSP, no confiere una acción popular en materia de contratación, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del recurrente, derechos e intereses que tratándose de una licitación no pueden ser otros que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato. En este sentido, y como afirma la reciente resolución 1166/2019 de este Tribunal: *“La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato.*

Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha



señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras).

La Resolución 285/2018 dispone también lo siguiente:

“Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, hipótesis abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 (Roj STS 4465/2005), en la que se lee: «Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a una determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad. Sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser específico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ese es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro, que el de participar en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado el participar en el concurso en condiciones de igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas».

D) *Llegados a este punto, estamos en condiciones de abordar si, efectivamente, cabe reconocer aun interés legítimo para impugnar el Pliego rector de una licitación en la que no ha tomado parte. A nuestro juicio, se impone una respuesta afirmativa. Se trata de una compañía mercantil clasificada, entre otros, en el subgrupo 5 del grupo R (“Recogida y transporte de residuos”) y en el subgrupo 1 del Grupo U (“Servicios de limpieza”), en ámbitos coincidentes, pues, con el objeto del contrato que nos atañe y que impugna los pliegos por entender que adolecen de vicios relativos a la propia configuración de la licitación (vgr.: arraigo territorial, precio, equilibrio financiero e*



información sobre los trabajadores con derecho a subrogación). Ciertamente, no se alega aquí que dicho elemento sea discriminatorio, que es el supuesto paradigmático en el que se reconoce la legitimación para impugnar un pliego a quien no ha presentado oferta, pero ya hemos visto que la Jurisprudencia la ha admitido en otros casos diferentes (como en el contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-, ya citada). Que la impugnación de cláusulas discriminatorias –o pretendidamente discriminatorias- atribuya legitimación no excluye que haya otros escenarios en los que igualmente se confiera esta, tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de septiembre de 2004 (Roj STS 5810/2004): “SEGUNDO.- La tesis del motivo de casación, en su formulación rigorista, no puede ser compartida. Es cierto que, como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al mismo, y que quienes no han sido concursantes han de acreditar un interés legítimo en la impugnación para que les sea reconocido la indicada legitimación. Pero, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala que interpreta el invocado artículo 28 de la LJ , lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido. O, dicho en otros términos, aunque dicha participación evidencie un interés en el resultado del concurso, no puede excluirse un interés legítimo en la impugnación de la convocatoria misma del concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado. En el caso que nos atañe, exigir la acreditación de que se hubiera participado en una licitación a quien, entre otros extremos, considera que los pliegos no proporcionan información suficiente sobre los trabajadores con derecho a subrogación o que no es posible saber cuál es el sistema de retribución del contratista se nos antoja una carga excesiva y desproporcionada, difícilmente conciliable con el principio “pro actione”». Se impone, pues, un juicio favorable a la legitimación de la recurrente”.

En el presente supuesto, el recurrente impugna dos criterios de adjudicación del pliego de cláusulas administrativas particulares. En concreto, el criterio técnico, sujeto a juicio de valor: “Estudio y conocimiento del servicio a realizar” y el criterio



evaluable de forma automática “Propuestas de horas al alza”. Respecto del primero, es posible atender a la doctrina sobre la legitimación que hemos expuesto en la medida que el propio licitador entiende que este criterio es una especie de prima para el actual adjudicatario y que le favorece de forma única y exclusiva, lo que supone una quiebra del principio de igualdad de trato de los licitadores.

Más duda pudiera suscitar el segundo alegato, dado que lo que se expone por parte del recurrente, es la falta de legalidad del pliego por no incluir como criterio de adjudicación “el precio” sin hacer referencia a ningún tipo de discriminación. No obstante, si acudimos a la doctrina previamente expuesta, resulta que el hecho de que el recurrente haga referencia entre otros motivos a la falta de claridad del criterio principal de adjudicación, al no establecerse ni siquiera límite alguno al alza en las horas propuestas, parece suficiente para conferirle la legitimación necesaria a la hora de interponer el recurso contra los pliegos.

Quinto. Reconocida pues, la legitimación del recurrente hay que entrar al fondo del asunto y examinar los dos criterios de adjudicación que fundamentan el recurso interpuesto.

En relación con el primero de ello, en la cláusula 10 del pliego administrativo, se establecen los siguientes criterios cuya valoración depende de un juicio de valor:

“B.1. PROPUESTA TÉCNICA, hasta un máximo de 45 puntos según el siguiente desglose:

- Estudio y conocimiento del servicio a realizar, hasta un máximo de 10 puntos.*
- Estudio y conocimiento de las instalaciones a prestar así como cualquier dato relevante para la adecuada prestación del servicio y una planificación y justificación de los tiempos y tareas necesarias para la ejecución del servicio, acorde con las características de los centros, sus instalaciones y dimensiones.”*
- Programación del servicio: Hasta un máximo de 20 puntos.*
- Control y gestión del servicio: Hasta un máximo de 10 puntos.*
- Sistema informático de control horario: Hasta un máximo de 5 puntos”.*



El recurrente entiende que el subcriterio “Estudio y conocimiento de las instalaciones” es discriminatorio, puesto que supone que el actual adjudicatario tiene un conocimiento de las instalaciones mucho más profundo que cualquiera de los licitadores y puede proporcionar, de manera detallada, toda la información requerida. Considera que dicha circunstancia, confiere a éste una clara posición de ventaja frente al resto de entidades que concurran a la licitación, por mucho que a éstos se les permita la visita a las instalaciones, tal y como prevé la cláusula 1 del PCAP, ya que la citada cláusula 8.5.B.1.1 prevé un grado de detalle tan exhaustivo imposible de alcanzar en una mera visita a los centros.

Por su parte, el órgano de contratación considera que la información facilitada a los licitadores es únicamente la relación de los centros y su ubicación, asumiendo el posible licitador la responsabilidad de visitarlos, circunstancia que redundará en la presentación de una oferta más o menos sólida, sin que constituya información privilegiada la adquirida en ejecución del contrato. Lo contrario conllevaría que todas las empresas que han sido adjudicatarias de un contrato, no podrían participar en las futuras licitaciones de ese contrato ya que dispondrían de información privilegiada.

En segundo lugar, pone de manifiesto que la finalidad pretendida con la visita a los centros recogida en la cláusula 1.2 del PCAP, no es otra que la de permitir a los licitadores la posibilidad de realizar un exhaustivo estudio de los mismos, pudiendo visitarlos desde la publicación del anuncio de licitación. Si bien, inicialmente dicha cláusula establecía la necesidad de concertar con antelación, vía telefónica, la visita, lo cierto es que mediante anuncio publicado en la PLACSP el 23 de diciembre de 2019 se comunicó que los edificios y dependencias relacionados en el Anexo I del PPT se encontraban abiertos al público pudiendo ser visitados por los licitadores durante el horario en que permanecen abiertos no siendo necesario concertar visita con antelación, facilitándose al máximo tal visita.

Debe tenerse en cuenta también lo dispuesto en el informe técnico al recurso, en el que se establece que el órgano de contratación considera conveniente incluir este criterio para que los licitadores conozcan previamente los edificios sobre los que prestar el servicio, sus particularidades, su estado de conservación,



antigüedad, trazados...y de esta manera poder constatar que las ofertas se realizan sobre una base sólida y real.

Este criterio, junto a los otros tres criterios cualitativos recogidos en el pliego, permiten a la mesa de contratación valorar el grado de calidad con el que los participantes en la licitación han planteado su oferta, así como garantizar que la misma es una oferta real y ajustada a las necesidades a satisfacer, permitiendo valorar la adecuada distribución de medios materiales y personales y garantizar un servicio de calidad desde el inicio del contrato.

Consecuentemente, toda empresa interesada en la licitación puede acceder a dichas instalaciones para realizar las consultas y análisis necesarios para presentar una oferta adecuada a las necesidades a satisfacer, siendo éste el objetivo fundamental del establecimiento de dicho criterio.

En este sentido, debe traerse a colación la Resolución 1382/2019 de este Tribunal que pasa a examinar un caso similar y en concreto si un determinado criterio de adjudicación es, o no, discriminatorio, al favorecer de forma exclusiva a la actual contratista del contrato a licitar, y si guarda vinculación con el objeto del contrato: *“Debe recordarse que según el artículo 145.5 a), b) y c) de la LCSP, conforme al cual los criterios de adjudicación del contrato:*

Al respecto conviene traer a colación la doctrina de este Tribunal en esta materia, citada recientemente por la Resolución 753/2019, de 4 de julio. Así, en la resolución nº 468/2018, de 11 de mayo, señalábamos: «El planteamiento del recurrente consiste en la pretensión de imponer su criterio subjetivo frente al criterio del Tribunal, sin enervar la presunción de acierto de la Administración a la hora de configurar la forma de satisfacción de sus necesidades a través de los pliegos, amparada por un principio de discrecionalidad técnica. Como consecuencia de lo anterior, debemos recordar la doctrina de este Tribunal al respecto, reflejada, entre otras, en nuestra Resolución nº 385/2017 de 28 de abril de 2017, en la que nos pronunciamos como sigue:

“En esta misma línea, en la Resolución nº 208/2017 citábamos a su vez la nº 203/2016, en la que se reconoce cierto grado de discrecionalidad en la integración de los criterios de valoración subjetivos o dependientes de un juicio de valor, señalando que: “El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la determinación necesaria de



los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, entre otras en la Resolución 1160/2015, de 18 de diciembre, en la que indicamos que: “a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones nº102/2013, 263/2011). b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014). c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengán a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012). (..)” La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. La Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2.012) y nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) reconocen la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración como instrumento técnico de integración de los elementos subjetivos de los criterios de adjudicación de las proposiciones de los licitadores que solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega o vulneración del procedimiento. La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos



empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica.

(...)En esta línea, hemos puesto de relieve, en la Resolución nº 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del 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". Partiendo de lo expresado con anterioridad, se observa que el PCAP en su Anexo I, punto 20.3, en relación con la valoración del inventario de los puntos de luz existentes y tabla resumen de cuadros/puntos de luz (anexo IV), indica: "6 puntos. Se adjudicará con la puntuación máxima en este apartado al licitador que presente el inventario completo y correcto, con 2 puntos si es correcto pero incompleto y con 0 puntos al licitador que no haga entrega del mismo y/o sea incorrecto".

Por su parte, el PPT en su apartado 1.1, relativo al objeto del contrato, indica: "El objeto del presente contrato es la prestación del servicio de conservación y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado público, de la ciudad de Melilla, cuyo funcionamiento está a cargo de la Ciudad Autónoma de Melilla.

La prestación del servicio tiene como fin principal, asegurar la continuidad del funcionamiento del alumbrado público, con un nivel técnico aceptable de las instalaciones, realizar un mantenimiento de las mismas, y realizar cuando proceda las reparaciones, reposiciones, reemplazamientos, mejoras o modificaciones necesarias. Todo ello referido a las instalaciones existentes al comienzo de la vigencia del contrato, así como a aquellas que se incorporen en el futuro y dentro del período de vigencia del mismo.



Para ello, el Contratista asegurará una eficaz y permanente disponibilidad del servicio durante las 24 horas del día los 365 días del año, capaz de actuar de forma inmediata y eficiente en los casos de averías y situaciones puntuales de emergencia”.

La cláusula del PCPA puesta en relación con el objeto del PPT, descrito en su apartado primero, basta para desechar la impugnación que del criterio de adjudicación se realiza cuando se concluye en el recurso que no aporta nada para la selección la oferta que mejore la calidad-precio, y que no está, en definitiva, vinculado a su objeto. No solo el recurso no esgrime motivo alguno para defender tal conclusión pues se limita a afirmarlo sin fundamento o explicación, sino que, además, es obvio que el inventario de los puntos de luz existentes en cada cuadro siempre va a redundar en beneficio de la ejecución del contrato de servicios, y por ende, del fin público que se persigue con su prestación, esto es, “la continuidad del funcionamiento del alumbrado público, con un nivel técnico aceptable de las instalaciones, realizar un mantenimiento de las mismas, y realizar cuando proceda las reparaciones, reposiciones, reemplazamientos, mejoras o modificaciones necesarias”. Por consiguiente, es un criterio que se refiere o integra en las prestaciones a realizar y que guarda la necesaria vinculación que exige el artículo 145.5 a) de la LCSP.

En cuanto al carácter discriminatorio del criterio de adjudicación, resulta con claridad que dicho criterio, fijado por la Administración contratante en el ejercicio de la discrecionalidad que le atribuye la Ley, no es discriminatorio, pues nada impide a las empresas licitadoras, que deben visitar las instalaciones, hacer el inventario que se valorará según el PCAP con 6 puntos que son asignados por juicios de valor. “

Ahora bien, atendiendo a esta doctrina expuesta deben tenerse en cuenta diversas circunstancias que concurren en el presente caso:

La cláusula Estudio y conocimiento del servicio a realizar a la que se refiere el criterio de adjudicación, “Estudio y conocimiento sobre las instalaciones del servicio a prestar, en la que se detallaran las características de cada uno de los centros: superficies, pasillos, zonas comunes, aseos y vestuarios, tipos de pavimento (suelos duros, de cerámica, de granito pulido, calcáreos, de cemento, de madera, de moquetas y alfombras, etc.), cristales, escaleras, paredes y techos, mobiliario, teléfonos, luminarias y lámparas, puertas, elementos dorados y



metálicos, persianas y cortinas, así como cualquier dato relevante para la adecuada prestación del servicio y una planificación y justificación de los tiempos y tareas necesarias para la ejecución del servicio acorde con las características de cada uno de centros, sus instalaciones y dimensiones)” es de tal exhaustividad y detalle que difícilmente permitirá alcanzar este conocimiento en una o varias visitas a los centros durante unas horas determinadas (las de apertura).

Además el número de centros a visitar de los que se requiere información son un número considerable: 67 centros.

Si bien el anuncio se publicó el 16 de diciembre de 2019, fue el 23 de diciembre cuando se permitió a los posibles licitadores sin cita previa acudir a los centros. El plazo de presentación de ofertas vencía el 13 de enero 2020. Esto es, un plazo en pleno periodo navideño con los centros cerrados por más festivos que de ordinario.

Todo ello hace que si bien, con carácter general, establecer un criterio de adjudicación similar al del pliego de cláusulas administrativas particulares que se examina no tiene por qué suponer una ventaja directa a la adjudicataria por el hecho de serlo, en este caso sí se produce de facto esa ventaja en la aplicación del subcriterio indicado, al haberse establecido un plazo escaso de presentación de ofertas. El criterio es admisible pero el plazo debería ampliarse para no resultar discriminatorio ni conceder una ventaja de facto a la actual adjudicataria.

Por todo lo expuesto la pretensión del recurrente debe prosperar pero solo en cuanto que para evitar que el criterio impugnado sea discriminatorio y conceda ventaja a la actual contratista, debe ampliarse el plazo de presentación de ofertas para que el plazo de visita a los centros y sus instalaciones sea suficiente para poder conocerlos con detalle y poder presentar una proposición adecuada y suficiente.

Sexto. El segundo criterio del pliego impugnado es el establecido en su cláusula de criterios evaluables de forma automática:

*“C.1 PROPUESTA DE HORAS AL ALZA, hasta un máximo de **40 puntos**:*



En este apartado el licitador indicara el alza porcentual que se compromete a realizar respecto del tipo de licitación establecida en el presente pliego:

- Se valorara con 40 puntos a la oferta con mayor alza porcentual respecto al tipo de licitación, que haya sido admitida y no se considere baja anormal o desproporcionada.

- Se valorara con 0 puntos la oferta que no proponga ningún alza porcentual respecto al tipo de licitación.

- El resto de las ofertas se puntuaran linealmente entre dichos extremos del siguiente modo: Siendo,

- VEi la valoración de cada oferta.*
- Bi alza porcentual de cada oferta.*
- Bmax máxima alza porcentual admitida.*

NOTA ACLARATORIA: Este criterio de adjudicación ha de traducirse en ventaja económica para el Ayuntamiento durante la ejecución del contrato, la cual deberá ser acreditada en las certificaciones mensuales, de modo que a la finalización de cada año de ejecución del contrato:

1. Si no se llegan a realizar las horas estimadas al año, la totalidad de horas realizadas de alza serán la parte proporcional, según el porcentaje ofertado, de las horas certificadas.

2. Si se llegan a realizar las horas estimadas al año o dichas horas se superan pero sin llegar al máximo ofertado como alza se percibirá el presupuesto máximo del contrato, de cuyo importe deberá deducirse las horas de alza no realizadas.

Ofertas con valores anormales.

De conformidad con el artículo 149.2 de la LCSP, se considerara que una oferta es anormal o desproporcionada cuando el alza ofertada sea superior al alza media más 5 unidades porcentuales.”

El recurrente entiende que esta determinación del criterio económico es contraria a los artículos 102.1, 145.1 y 2 y 146 de la LCSP, dado que de la cláusula 10 se desprende que el único criterio de adjudicación evaluable de forma automática es el número de horas al alza, pero en ningún caso, el precio; el precio no es tenido



en cuenta a la hora de adjudicar el contrato. Si bien, es cierto que los órganos de contratación tienen discrecionalidad para establecer los criterios que consideren oportunos a la hora de valorar las ofertas, también lo es que éstos deben cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 145 y 146 de la LCSP. Además, el criterio propuesto por el órgano de contratación no establece límite alguno al alza en las horas propuestas, lo que puede llevar a la presentación de propuestas imposibles de realizar por parte de los licitadores.

El órgano de contratación en el informe jurídico al recurso, pone de manifiesto que la Administración goza de amplia discrecionalidad para elegir qué concretos criterios utilizará en cada caso a fin de adjudicar un contrato, así como para darles el peso relativo que considere oportuno. En la presente contratación, el criterio consistente en “Propuesta de horas al alza” está orientado, según el informe técnico acompañado, a satisfacer todos aquellos servicios extraordinarios que resulten necesarios y de difícil previsión en el momento de elaborar los pliegos, sin coste alguno para el Ayuntamiento, al quedar incluidos en el precio del servicio, así como para ofrecer más horas para una mejor limpieza de las instalaciones conforme al estudio inicial, de modo que a mayor número de horas, se consigue un mejor servicio a menor coste. Añade que el anterior planteamiento al que responde dicho criterio permite encuadrarlo como un criterio amplio de calidad del artículo 145 de la LCSP pues además de reforzar la prestación del servicio con un mayor número de horas, es susceptible de contribuir a la contratación de un mayor número de personas o a completar la jornada laboral de los trabajadores propios. Por su parte, el informe técnico que se añade al expediente destaca que como criterio cuantitativo se ha incluido la valoración de las horas a ofertar por el licitador, partiendo de las 79.000 horas de carga de trabajo que responden a la experiencia actual. Igualmente se fija un precio unitario por hora, el cual no es susceptible de presentar baja, de tal forma que se garantizan las condiciones laborales del personal a subrogar y se asegura, en la medida de lo posible, el cumplimiento del convenio de limpieza que resulte de aplicación.

Este criterio está directamente relacionado con el coste, que supone la prestación del servicio para el Ayuntamiento, ya que permite satisfacer todos aquellos



servicios extraordinarios que resulten necesarios y que, en la actualidad, resultan difícil de predecir sin coste alguno, ya que quedan incluidos en el precio del servicio, así como ofrecer más horas para una mejor limpieza de las instalaciones de acuerdo con el estudio inicial presentado. A mayor número de horas ofertadas, se consigue un mejor servicio a un menor coste.

Cabe destacar que el artículo 145.3 de la LCSP dispone que “los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad...” Por tanto, en este caso a los criterios cualitativos el órgano de contratación ha acompañado el planteamiento basado en la rentabilidad a obtener del mayor número de horas.”

Antes de entrar propiamente en el fondo del asunto conviene realizar dos aclaraciones, dado que la afirmación del recurrente relativa a que el número de horas al alza es el único criterio de adjudicación objetivo, no es cierta en la medida que en el pliego también se configura como tal, en el punto C.2 “LA MEJORA DE CONDICIONES ECOLÓGICAS DE LOS MATERIALES”. Tampoco es cierto que no se tenga en cuenta un número de horas máximo, ya que está expresamente previsto que existan ofertas con valores normales o desproporcionados en ese criterio evaluable de forma automática como es la propuesta de horas al alza.

En el recurso, se invoca que no se establece el precio como criterio de adjudicación. No obstante, también se refiere a la infracción de una serie de preceptos como son los artículos 145. 1 y 2, 146 y 102 de la LCSP, para fundamentar la necesidad de la existencia no solo de un precio sino de que este sea cierto, en función del cual el contrato se adjudica. Es decir, que el precio “u otro criterio relacionado con los costes”, han de tenerse en cuenta a la hora de adjudicar el contrato. Por tanto, el motivo alegado se refiere también a que debe existir un precio y que este sea cierto para que opere como criterio de adjudicación.

La Directiva 2014/24 determina que la adjudicación de los contratos se haga a la oferta económicamente más ventajosa (artículo 67.1), que desde el punto de vista

del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. También determina que el factor coste podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad, así como que los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitarla aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.

Por tanto, la oferta económicamente más ventajosa se podrá determinar a través de la mejor relación calidad-precio o coste – eficacia. Pero en ambos casos, el coste o precio debe figurar entre los criterios de adjudicación determinantes de la oferta económicamente más ventajosa, sea para fijar la mejor relación calidad-precio, sea para concretar la mejor relación coste - eficacia, sea como único criterio, sea junto a otros criterios.

El coste o precio también puede operar como factor fijo, caso en el que los criterios de adjudicación serán otros distintos.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares impugnado, aparentemente, establece un precio cierto y determinado o determinable de la prestación, en términos de precio unitario por hora de servicio de limpieza según categoría profesional de trabajador, que incluiría costes laborales y sociales, costes materiales, gastos generales y beneficio, servicio que sería a pedido en caso de trabajos extraordinarios. El precio global sería el resultado de ese precio unitario aplicado al número de horas de servicio prestadas, precio unitario o coste que sería fijo, por lo que se dice en el informe técnico. Las horas de servicio serán por trabajos ordinarios o por trabajos extraordinarios, estos últimos a pedido, pero todos ellos, incluidos en la carga de trabajo.



Aunque el criterio automático principal previsto es la oferta de horas al alza sobre el tipo (79.000 horas/año) estimado, lo cierto es que este es un factor que opera como determinante, en primer lugar, del precio global final a pagar, y en segundo lugar, del precio unitario hora, que variará en función de las horas finales ejecutadas cada año.

Efectivamente, dado que el presupuesto se ha fijado según precios unitarios sobre las horas anuales estimadas, las horas al alza ofertadas, que son sin precio, minoran el precio unitario y por ello el precio global, dado que, en ningún caso, el precio final a pagar puede superar el presupuesto del contrato según la carga tipo de trabajo estimada inicial.

Por ello, no se trata de que el sistema establecido en el pliego de cláusulas administrativas no contemple el criterio precio, sino que tal y como está configurado supone una posible deformación del mismo, al no tener un carácter fijo, lo que supone en principio un incumplimiento artículo 145 LCSP, que impone establecer al menos un criterio económico basado en el coste, sea el precio o la rentabilidad, que, en este caso, es precio, a la vista de cómo opera el criterio establecido: mayor número de horas, menor precio unitario y menor precio global final. El sistema establecido integrado por el criterio propuesta de horas al alza gratuitas, más el sistema de pago establecido en el pliego es, en realidad, un criterio precio solo que deformado, incierto y arbitrario en cuanto que va a determinar que el precio unitario y el precio global final van a depender de los trabajos extraordinarios que pida el órgano de contratación y que se computan en el presupuesto.

El sistema de facturación implica que si el número total de horas ejecutadas al año, al final, es inferior a las estimadas como carga inicial tipo y se abonan solo las ejecutadas y certificadas como tales, descontando las ofertadas al alza en la parte proporcional a las estimadas ejecutadas y certificadas, las susodichas horas se abonan a un precio unitario inferior al del pliego ya que la estimadas ejecutadas, si bien se valoran a precio unitario según Pliego, su número se minora en la parte proporcional de las ofertadas al alza, que serían gratis.



En el caso de que se llegaran a realizar las horas estimadas al año o dichas horas se superan, pero sin llegar al máximo ofertado como alza, se percibirá el presupuesto máximo del contrato, de cuyo importe deberá deducirse las horas de alza no realizadas. En este último caso lo que ocurriría es que se abonaría como precio el presupuesto es decir, la totalidad de las horas estimadas y a precio unitario, pero descontando el número de horas ofertadas al alza no ejecutadas. En este supuesto, el precio unitario final también baja.

En conclusión, el pliego de cláusulas administrativas particulares establece un criterio automático que es un criterio precio, pero deformado. Prueba de ello, es que el propio pliego al fijar el trámite de audiencia en caso de ofertas con valores anormales se refiere en el requerimiento a que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, lo que en nuestro caso solo puede apreciarse por los bajos precios unitarios finales resultantes si se ejecutaran todas las horas ofertadas al alza.

Asimismo, el criterio citado, horas al alza, impide que la oferta se pueda ceñir a la prestación licitada. Es decir, impide que se oferte precio unitario hora respecto de la prestación total estimada en horas/ año y, además, como mejora, impide que se oferte una bolsa determinada de horas adicionales sin cargo para trabajos extraordinarios, que es como se suele realizar para conseguir lo mismo que se pretende con el criterio propuesta de horas al alza. La diferencia estriba en que en este último sistema se conoce cuál será el precio cierto por hora estimada y la bolsa de horas adicionales ofertada, con lo que se cumple el requisito esencial de todo contrato de que el precio sea cierto y determinado o determinable desde un principio (artículos 102 y 309 de la LCSP) y la prohibición de prestaciones condicionadas a indicaciones o resolución administrativas posteriores a su celebración (art. 2 del RGLCAP). Por el contrario, con el criterio de adjudicación impugnado y el sistema de facturación previsto en el pliego, el precio unitario y el precio final global van a resultar determinados por el hecho de que el órgano de contratación efectúe o no pedidos de trabajos extraordinarios o un mayor o menor número en horas de trabajo, de forma que si se piden los trabajos en número inferior a las horas al alza ofertadas, el precio unitario por hora estimada



ejecutada según pliego será menor, lo que impide conocer el precio cierto desde un principio ya que su determinación final va a depender de los pedidos del órgano de contratación o de otros factores, lo que implica infracción del artículo 2 el RGLCAP, es decir, prestaciones condicionadas a indicaciones de la Administración.

Sobre la alegación referida a que no se establecen límites a la propuesta de horas al alza, no tiene razón el recurrente. Efectivamente, en el PCAP no se delimita el criterio horas al alza como mejora consistente en prestaciones adicionales distintas a las licitadas, por lo que no habría que establecer límites. Lo que ocurre en este caso es que, en realidad, el criterio oferta de horas al alza se trata de un criterio precio desvirtuado que ya se limita a través del mecanismo de ofertas anormales.

Sin perjuicio de esta aclaración, la alegación del recurrente relativa a la falta de un precio cierto y la pretensión de anulación de la cláusula relativa a "*Criterios evaluables de forma automática. 10.C.1 - PROPUESTA DE HORAS AL ALZA, hasta un máximo de 40 puntos*" deben prosperar y el recurso estimarse en cuanto al mismo.

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. V.J.P.S., en representación de EULEN, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el procedimiento de adjudicación para la contratación del "*Servicio de limpieza y recogida de residuos en los edificios y dependencias del Ayuntamiento de Castellón de la Plana*", en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente resolución, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento previo a la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con 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 58.2 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 Comunidad Autónoma Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

NOTA: Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.