

**Recursos 26/2016 y 30/2016****Resolución 76/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 6 de abril de 2016.

Vistos los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las entidades **INNOVA DATA CENTER, S.L.** y **HERITAGE PATRIMONIO, PAISAJE Y TERRITORIO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de atención al público en los monumentos integrantes del proyecto Dobra de Oro, incluyendo acceso a los monumentos, control de aforos, información al visitante y estadísticas”, Expte. 2015/000196, promovido por el Patronato de la Alhambra y Generalife, agencia administrativa adscrita a la Consejería de Cultura, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 17 de febrero de 2016, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 32 y en el perfil de contratante de la Plataforma de



Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 463.530,58 euros.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba una de las dos recurrentes y la otra lo hacía en unión temporal de empresas con otra entidad.

**TERCERO.** El 19 de febrero y el 1 de marzo de 2016 se presentaron en el registro de este Tribunal, sendos escritos de recurso especial en materia de contratación interpuestos, respectivamente, por las entidades INNOVA DATA CENTER, S.L. (en adelante INNOVA) y HERITAGE PATRIMONIO, PAISAJE Y TERRITORIO, S.L. (en adelante HERITAGE) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. En el caso de INNOVA, el escrito de recurso fue enviado a este Tribunal a través de la oficina de correos y remitido copia del mismo en formato electrónico en el mismo día de la presentación.

**CUARTO.** Mediante oficios de la Secretaría de este Tribunal, de fechas 19 de febrero y 2 de marzo de 2016, se le solicita al órgano de contratación el informe



sobre cada uno de los mismos, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la medida provisional de suspensión solicitada por ambas entidades y el listado de licitadores con los datos necesarios a efecto de notificación. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación, teniendo entrada en este Tribunal los días 26 de febrero y 10 de marzo de 2016.

**QUINTO.** Previa petición en ambos recursos de adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación, y vistas las alegaciones presentadas por el órgano de contratación, este Tribunal en Resolución, de 2 de marzo de 2016, acuerda la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de servicio citado en el encabezamiento de la presente resolución.

**SEXTO.** La Secretaría del Tribunal, el 9 de marzo de 2016, concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones a ambos recursos, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** De conformidad con lo previsto en los artículos 46 del TRLCSP, 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 13 del 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, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal dispone la acumulación de los recursos 26/2016 y 30/2016, al guardar ambos entre sí identidad sustancial e íntima conexión por coincidir los dos escritos de recurso en la impugnación de los pliegos de la misma licitación y, en uno de sus alegatos, por fundarse en idéntico motivo así como porque la eventual estimación de uno de ellos, con anulación del citado pliego, provocaría la inadmisión del otro por pérdida sobrevenida del objeto del recurso, lo que haría inviable una resolución de fondo en congruencia con las pretensiones deducidas en el segundo recurso, inviabilidad que se salva con la acumulación.

**TERCERO.** Seguidamente procede abordar la legitimación de las recurrentes para la interposición de los presentes recursos especiales.

En cuando a la entidad INNOVA, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

*(...)*



*c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (7/2016, de 20 de enero, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por INNOVA ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir, pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de ésta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores, el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la



impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

En cuando a la entidad HERITAGE, según la documentación que obra en el expediente de contratación, ha presentado oferta en el procedimiento de licitación con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas con otra entidad. Cabe cuestionarse, por tanto, si es suficiente la interposición del recurso por tan solo una de las entidades que constituían la unión temporal para considerar que existe legitimación suficiente para la interposición de aquél.

Sobre tal cuestión ya ha tenido ocasión de manifestarse este Tribunal, entre las más recientes en las resoluciones 149/2015 de 28 de abril y 313/2015, de 3 de septiembre, donde se hacía referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2009 (RJ\2009\5865), recogiendo las distintas líneas jurisprudenciales en la materia; en la citada sentencia se concluye que la legitimación activa de uno de los copartícipes de la unión temporal de empresas (UTE) *<<es admisible cuando se realiza “sin oposición de los restantes”. Y si aquí consta expresamente que uno de los componentes mostró su oposición clara a la interposición de cualquier recurso jurisdiccional, es obvio que la Sala de instancia (al declarar la falta de legitimación del otro componente de la UTE) no ha quebrantado el conjunto de preceptos esgrimidos.*

*Y, por lo mismo, tampoco se ha conculcado la doctrina sobre los intereses legítimos ya que la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a los recurrentes ante la patente inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de sus integrantes.>>*

Esta posición del Tribunal Supremo ha sido también asumida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 479/2014, de 18 de junio.



De la doctrina expuesta se colige que el recurso interpuesto por un miembro de la UTE con la oposición expresa del otro integrante de la misma debe inadmitirse por falta de legitimación del primero. Particularmente, dicha inadmisión es patente cuando, como señala la citada Resolución 479/2014, de 18 de junio, del contenido del escrito de oposición se deduce la extinción de la propia agrupación de empresarios, que ningún beneficio obtendría ya en caso de una eventual estimación del recurso.

Sin embargo, no es esto lo que acontece en el caso aquí examinado donde aun con la oposición del otro miembro de la UTE -circunstancia que no se da en el presente supuesto-, la entidad HERITAGE podría obtener algún beneficio en el caso de una eventual estimación del recurso, pues el pliego impugnado puede restringir sus posibilidades de acceder a la licitación, por sí sola o en UTE con otra u otras entidades, o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, lo que dificultaría la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir, pese a no haber concurrido a la licitación por sí sola y haberlo hecho en UTE con otra entidad, pues precisamente las bases de esta licitación pueden provocarle un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

A mayor abundamiento, el hecho de que la entidad HERITAGE presente la reclamación por sí sola, aun en el supuesto, como es el caso, de que hubiera concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas, no es obstáculo para admitir su legitimación activa, dado el sentido amplio del concepto de legitimación del artículo 42 del TRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”* que permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque



solo lo sean parcialmente, aquella resultará legitimada para interponer la reclamación.

En consecuencia, por las razones expuestas procede considerar como legitimada activamente a la entidad reclamante HERITAGE.

**CUARTO.** Visto lo anterior, procede determinar si ambos recursos se refieren a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interponen contra algunos de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicio no sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, incluido en la categoría 17 a 27 de anexo II del TRLCSP, siendo su valor estimado de 463.530,58 euros, y el objeto de ambos recursos son los pliegos que han de regir la contratación, por lo que, en ambos casos, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.b) y 2.a) del TRLCSP.

**QUINTO.** En cuanto al plazo de interposición de ambos recursos, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”*



En el presente caso, el anuncio de la licitación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante se realizó el 17 de febrero de 2016, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 18 de febrero de 2016, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Al haberse presentado los escritos de interposición de los recursos el 19 de febrero y el 1 de marzo de 2016, respectivamente, en el Registro de este Tribunal, ambos se presentaron dentro del plazo legal indicado.

**SEXTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión de ambos recursos, procede el estudio de los motivos en que los mismos se sustentan.

Ambas recurrentes solicitan en sus recursos que con estimación de los mismos se anulen los pliegos, dejándolos sin efecto y modificándolos en el sentido expuesto en ambos recursos, con convocatoria de una nueva licitación.

Los dos recursos, en uno de sus alegatos, impugnan el pliego de cláusulas administrativas particulares por idéntico motivo, pues en ambos casos combaten que la fijación del umbral para considerar una oferta inicialmente anormal o desproporcionada esté referido al precio de licitación, lo que, a juicio de las recurrentes, carece de justificación técnica o jurídica suficiente y puede restringir severamente la competencia, siendo por tanto contrario a derecho por vulnerar lo establecido en el TRLCSP.

Así, por razones sistemáticas, se va a analizar este alegato de ambas recurrente, INNOVA y HERITAGE, y posteriormente, en ese orden, el resto de sus alegatos.



Pues bien, con respecto a la conformidad o no a derecho de la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación, ya se ha pronunciado expresamente este Tribunal en su Resolución 50/2016, de 10 de marzo, en ella se señalaba lo siguiente:

«Sobre el particular, es necesario destacar que en materia de contratación, ni la normativa comunitaria ni la nacional establecen que la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación sea contrario a derecho. Inclusive, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, de aplicación en ese ámbito autonómico, admite de forma expresa esa posibilidad en su artículo 91.2 en ausencia de regulación en la documentación del contrato al señalar que *“Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato”*.

Sin embargo, tanto las juntas consultivas de contratación como los órganos de recursos contractuales, con carácter general, no son partidarios de la posibilidad de establecer un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado expresaba en la consideración jurídica tercera de su informe 34/1999, de 12 de noviembre, que *“(...) la determinación inicial o presunta de la temeridad siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado en el caso de subasta, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas*



*administrativas particulares, en el caso de concurso.*

*Resulta así que una oferta estará incurra en presunción de temeridad por su examen comparativo con otras proposiciones, (...). La proposición económica de cada licitador ha de examinarse comparativamente con las del resto de licitadores y el resultado que se obtenga en orden a la existencia o no de presunción de temeridad ha de ser independiente de la circunstancia del cumplimiento o incumplimiento del tan citado artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad”. Asimismo, la citada Junta insistía en lo anterior en su informe 34/2001, de 13 de noviembre, en el que se remitía al citado 34/1999.*

Más recientemente, la Abogacía del Estado en su informe 12/2009, de 27 de marzo, sobre cláusula de un pliego que establece un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación, establecía las siguientes conclusiones: *“Primera. No existe norma jurídica que prohíba expresamente la cláusula de un pliego que, para determinar las ofertas anormalmente bajas presentadas a un concurso, aplique un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación.*

*Segunda. Aunque no exista una prohibición legal expresa de dicha cláusula, debería tenerse en cuenta lo siguiente: a) El empleo de este tipo de cláusulas puede considerarse contrario a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. b) Diferentes instancias comunitarias han cuestionado la conformidad de dichas cláusulas con las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea. c) Dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado. d) El cálculo de umbral de temeridad en función de las*



*ofertas presentadas a cada concurso (y no con un porcentaje fijo predeterminado) proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.”*

Por su parte, los órganos de recursos contractuales también se han pronunciado en el sentido de no admitir la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación. Así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 241/2014, de 20 de marzo, con cita de sus resoluciones 42/2013, de 23 de enero y 32/2014, de 17 de enero, señalaba que *«el establecer un umbral de temeridad referido al precio de licitación o que resulta muy bajo respecto a la media de las ofertas, puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las “ofertas con valores anormales o desproporcionados”.*

*En efecto, si la función de dicha figura es el establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos –las “ofertas temerarias”–, no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten en determinada licitación con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, pudieran no ser tachadas como “anormalmente bajas” o “temerarias”.*

*Como ha señalado la Comisión Nacional de la Competencia en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia, entre los aspectos que se recomienda evitar en los pliegos se encuentra la utilización de sistemas que señalen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, es decir, el nivel a partir del cual se considerará desproporcionada una oferta, porque “la revelación de esta información puede restringir severamente la competencia”.»*



A la misma conclusión llegó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su resolución 80/2014, de 18 de agosto, que anuló una cláusula del PCAP que fijaba el umbral de anormalidad o desproporción en un porcentaje de baja superior al 10 por 100 del presupuesto base de licitación. En ella señalaba con base en el informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que concluía respecto al artículo 152 del TRLCSP lo siguiente: *“Si estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada”*.

Prosigue la citada resolución 80/2014 matizando la conclusión a la que había llegado la Junta Consultiva de Aragón señalando que *“Sin embargo, esa libertad absoluta de los órganos de contratación para la fijación por los órganos de contratación de los parámetros para determinar si una oferta es o no desproporcionada, puede verse matizada por la lectura conjunta de los apartados 1. y 2. del artículo 152 de TRLCSP. Así, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación y los límites objetivos de desproporcionalidad se refieren únicamente al precio, como en el caso de los pliegos objeto de recurso, parece que una interpretación sistemática de los dos primeros apartados del citado artículo nos*



*lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso.*

*(...)*

*En consecuencia, debe admitirse la pretensión del recurrente de anulación del PCAP por infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, y que en el punto 16 de la carátula el umbral de temeridad está expresado en referencia a un valor absoluto como es el tipo de licitación.”*

Por último, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la que hace referencia la citada resolución 241/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la propia recurrente, señala en su punto 10 que *“Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los “umbrales de temeridad” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios. (...).”*



En definitiva, y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, con carácter general, es contrario a la mayoría de la doctrina de las juntas consultivas de contratación y de los órganos de recursos contractuales. Sin embargo, hay que tener en cuenta como ha puesto de manifiesto el citado informe 12/2009, de 27 de marzo, de la Abogacía del Estado, que la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada *“tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado”* por tanto *“no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado”*. Así sigue señalando el citado informe *“La citada sentencia del caso Lombardini-Mantovani declaró que «el objetivo primordial de la Directiva es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas» (apartado 35 de la sentencia). Por ello, podría ser contraria al principio de concurrencia la cláusula de un pliego que, al fijar la temeridad sin ponderar adecuadamente los precios de mercado, obstaculizara la presentación de ofertas más competitivas.*

*Es decir, si el porcentaje fijo elegido por el órgano de contratación no se correspondiera con los precios de mercado (que deberían ser, en todo caso, los del mercado comunitario), podría cuestionarse la legalidad del pliego: Dicho pliego podría vulnerar el principio de concurrencia al obstaculizar la admisión de ofertas que, de acuerdo con el mercado, no deberían ser calificadas como anormales (y, por tanto, deberían ser admitidas a la licitación sin necesidad de que los licitadores las justifiquen). Por ello, el empleo de este tipo de cláusulas presenta también riesgos desde el punto de vista de*



*seguridad jurídica (que se impugne el pliego por inadecuación del porcentaje elegido).*

*Por el contrario, la fijación del umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso proporciona un criterio objetivo para sostener que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.”*

Por tanto, podemos concluir que el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, si dicho umbral se correspondiese con el precio normal del mercado.

En este sentido se ha manifestado la resolución 10/2015, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, alegada por la recurrente, que señala que *“De acuerdo con ello y admitiendo la veracidad de los datos alegados por el Ayuntamiento en cuanto al cálculo de los costes, la concreción de un umbral objetivo de temeridad en un porcentaje del 10% sobre el tipo de licitación no supondría restricción a la libre competencia, ya que se correspondería con el precio normal de mercado de los servicios objeto de contratación y su empleo en el pliego puede admitirse, al estar en consonancia con los parámetros de anormalidad o desproporción referidos a los precios normales de mercado. Por ello, procede desestimar este motivo del recurso.”»*

Cabe, pues, examinar las circunstancias que concurren en el presente supuesto. Al respecto, el órgano de contratación en su informe señala que el establecimiento de un valor de baja máxima del 15% sobre el precio de licitación como valor anormal o desproporcionado, en el momento de elaboración de los



pliegos, lo considera como un parámetro objetivo que contempla la situación del mercado y la práctica comercial en este tipo de servicios por debajo del cual no podría realizarse en condiciones de seguridad jurídica en todos los aspectos y con la calidad que se requiere ofrecer con este tipo de prestación. Afirma que ello es así, porque en meses precedentes a la presente licitación se viene realizando este servicio por varias empresas, en tanto se determine un adjudicatario definitivo del presente contrato, lo que ha permitido conocer el mercado y establecer un criterio razonado.

Señala el órgano de contratación que tal y como se ha establecido en la presente licitación, el cálculo de las horas de prestación de este servicio para 7 puestos, es de 21.572 horas, según consta en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) por lo que se establece un precio de 10,74 euros/hora sin IVA, precio que es de mercado y que volvemos a reiterar es fruto de la misma práctica. No se comprende por ello muy bien la situación que plantea la recurrente -en concreto HERITAGE-, que ya prestó este servicio por contratación menor, y que lo facturó a algo más de 12 euros/hora sin IVA, no estando en lo cierto cuando asevera la falta de informes o estudios previos a la evaluación del precio establecido para este contrato de servicios.

Así, sigue manifestando el órgano de contratación, conviene señalar que el presupuesto base de licitación de 231.765,29 euros con una baja del 15% asciende a la cantidad de 197.000,50 euros, siempre IVA excluido, que a distribuir en las horas estipuladas de trabajo, viene a suponer unos 9 euros/hora, cifra por debajo de la cual, en este tipo de servicios que tiene la peculiaridad de que el elemento personal es fundamental en su prestación, aceptar ofertas sin previa justificación podría producir para la Administración unos efectos en el mercado laboral que no son los deseables, salvo los casos de algunas empresas que por tener determinados beneficios fiscales y de seguridad social, podrían optar sin riesgo empresarial.



Concluye el órgano de contratación que considera que está suficientemente justificado el establecimiento del 15% de dicho límite y, por otra parte, el establecimiento del mismo en nada impide que las empresas que así lo consideren presenten sus propuestas económicas por debajo de dicho porcentaje, pues en el periodo de alegaciones tendrán la oportunidad de demostrar justificadamente la razón de su propuesta.

Atendiendo a que dentro de las prestaciones a contratar el coste de la mano de obra es fundamental y aceptando que los cálculos de los costes y el conocimiento del mercado alegados por el órgano de contratación en su informe al recurso se han realizado con rigor, el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción del 15 por 100 del precio de licitación en este supuesto no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, al corresponderse dicho umbral con el precio normal del mercado, conforme a la justificación aportada por el órgano de contratación.

No se puede admitir la alegación de la recurrente HERITAGE cuando manifiesta que *“al fijar el límite de baja, todos los licitadores, lógicamente, tenderán a ofertar ese límite, con lo que la oferta económica pierde totalmente su capacidad de discriminar propuestas, (...) al obtener todos los licitadores una puntuación prácticamente idéntica respecto de la oferta económica”*, convirtiéndose por tanto la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor en *“la única decisoria para la adjudicación”*, pues la recurrente parte de la presunción de que todos y cada uno de los licitadores tenderían a ofertar ese límite, presunción que se basa en especulaciones sin posibilidad de prueba a priori.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores y atendiendo a las circunstancias de este caso concreto, procede desestimar este motivo en ambos recursos.



Sin perjuicio de lo anterior, ha de advertirse que el cálculo del umbral de anormalidad o desproporción en función de las ofertas presentadas a cada licitación proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas.

**SÉPTIMO.** A continuación procede analizar el siguiente -y último- de los alegatos de la entidad recurrente INNOVA, que en este caso combate la clasificación como empresa de servicios exigida en el PCAP.

En concreto, según manifiesta la recurrente, los anexos III-B y III-C del PCAP admiten la presentación de la certificación de clasificación administrativa como empresa de servicios como método para la justificación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, respectivamente. No obstante, y obviando lo establecido en el artículo 65.1.b) del TRLCSP -en su redacción dada por la disposición final 3.3 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre-, no se señala, en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, los parámetros admisibles de dicha certificación.

Concluye la recurrente solicitando que se concreten dichos parámetros, tal como establece la normativa de contratación vigente.

Procede en primer lugar determinar la normativa aplicable en materia de clasificación, toda vez que en función de lo alegado por el órgano de contratación en su informe al recurso no sería de aplicación la redacción del citado artículo 65.1.b) del TRLCSP, pues, a su juicio, no se ha producido el desarrollo reglamentario previsto en la disposición transitoria cuarta del TRLCSP.



Al respecto, la citada disposición transitoria cuarta del TRLCSP “Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas y de los requisitos mínimos de solvencia”, en su redacción dada por la disposición final 3.8 de la citada Ley 25/2013, de 27 de diciembre, establece que *“El apartado 1 del artículo 65 , en cuanto delimita el ámbito de aplicación y de exigibilidad de la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*La nueva redacción que la Ley de Impulso de la Factura Electrónica y creación del Registro Contable de Facturas en el Sector Público da a los artículos 75, 76, 77 y 78 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 79. bis de dicho texto refundido entrarán en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos.*

*No obstante lo anterior, no será exigible la clasificación en los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.”*

Dicho desarrollo reglamentario, en los que se definen los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, así como los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos, tuvo lugar mediante el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en vigor desde el 5 de noviembre de 2015, por lo que a partir de esa fecha es de aplicación los artículos 65.1, 75 a 78 y 79 bis del



TRLCSP, en su redacción dada por la disposición final 3.3 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre.

Por su parte, y dado que la convocatoria del procedimiento de adjudicación de la presente licitación se ha publicado con fecha posterior al 5 de noviembre de 2015, conforme a lo previsto en la disposición transitoria primera del citado Real Decreto 773/2015, a la misma le es de aplicación la nueva redacción de los citados artículos dada por la Ley 25/2013, conforme alega la recurrente.

En concreto el vigente artículo 65.1.b) del TRLCSP establece que:

*“1. La clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los siguientes casos y términos:*

*b) Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 75 y 78 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato. En defecto de estos, la acreditación de la solvencia se efectuará con los requisitos y por los medios que reglamentariamente se establezcan en función de la naturaleza, objeto y valor*



*estimado del contrato, medios y requisitos que tendrán carácter supletorio respecto de los que en su caso figuren en los pliegos.”*

De lo anterior se infiere, y en lo que aquí interesa, que la clasificación no es exigible en los contratos de servicios y que el empresario podrá acreditar su solvencia aportando la clasificación correspondiente siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato.

Procede, pues, analizar si el objeto del contrato, conforme a su CPV, esta incluido o no en alguna clasificación. Al respecto, en el Anexo II del RGLCAP se recoge la correspondencia de los subgrupos de clasificación de servicios con los códigos CPV de los trabajos incluidos en cada subgrupo. Partiendo de que la CPV del contrato en cuestión, según constan en el PCAP, se corresponde con el número 9839000-3 -CPV que no cuestiona la recurrente-, dicho número no encuentra correspondencia en el mencionado Anexo II del RGLACP, por lo que ha de concluirse que el objeto del presente contrato no está incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes.

Por tanto, no estando incluido el objeto del contrato licitado en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, no puede el órgano de contratación fijar en el PCAP los parámetros de grupo y subgrupo de clasificación -de ahí el hecho de que no los haya fijado-, por lo que no puede atenderse este alegato de la recurrente.

Procede, pues, la desestimación de este alegato de la recurrente INNOVA en el que solicita que se concreten los parámetros de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima.



**OCTAVO.** Examinados los alegatos del recurso interpuesto por la entidad INNOVA, procede analizar el resto de los motivos del recurso interpuesto por la entidad HERITAGE. En concreto la misma cuestiona, por un lado, que el PCAP que se recurre no incluye ni un solo criterio de valoración en su anexo VII, lo que infringe directamente los principios de igualdad y transparencia, y facilita, si no obliga, al órgano de contratación a realizar una valoración arbitraria y, por otro lado, que el citado PCAP haya sido modificado por el órgano de contratación, una vez publicado en el portal de contratación de la Junta de Andalucía, mediante un acto nulo de pleno derecho por prescindir completamente del procedimiento establecido para dicha modificación.

Con respecto al primero de los alegatos HERITAGE manifiesta que los tres criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, manifestando que no contienen los suficientes elementos de juicio ni recogen criterios de valoración suficientes como para que el informe técnico resultante de la valoración no incurra en arbitrariedad.

Sobre esta cuestión controvertida, que versa sobre la determinación del objeto de valoración en los criterios de adjudicación y la suficiencia o no de ponderación de los mismos, este Tribunal ha venido manifestando, entre las más recientes, en sus resoluciones 334/2015, de 23 de septiembre y 18/2016, de 28 de enero, que *“En este sentido, el artículo 150 del TRLCSP distingue entre criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas y criterios que dependen de un juicio de valor, prevaleciendo en estos últimos el juicio técnico de un órgano especializado de la Administración emitido sobre la base de una previa descripción del criterio, la cual debiendo ser precisa, también ha de permitir un margen de apreciación técnica al órgano evaluador.*

*Como ya manifestó este Tribunal en su Resolución 24/2012, de 14 de marzo, siguiendo doctrina sentada por el Tribunal Administrativo Central de*



*Recursos Contractuales, «los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico».*

*Asimismo, es doctrina de este Tribunal, por todas la reciente Resolución 238/2015, de 29 de junio, que «(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada».*”

Sobre la base de lo expuesto hemos de analizar si, en el supuesto examinado, el nivel de concreción y de ponderación de los criterios puede reputarse suficiente como para permitir a los licitadores formular sus ofertas con el grado de conocimiento necesario.

Al respecto, los criterios adjudicación ponderables en función de un juicio de valor con un total de 49 puntos sobre 100, se recogen en el anexo VII del PCAP “Criterios de adjudicación y baremos de valoración” con el siguiente tenor:

*“1. Metodología y Planning de trabajo (hasta 30 puntos)*

*Se valorará la metodología de trabajo, la adecuación del cuadrante del servicio, la previsión de sustituciones del personal en caso de incidencia temporal en la prestación del servicio y el tiempo de respuesta.*



*2. Características estéticas de la prestación (hasta 6 puntos)*

- *Uniforme de trabajo para el personal que desempeñe los puestos de trabajo.*

*3. Informe mensual (hasta 13 puntos)*

*Se valorará el contenido del informe mensual en función de su adecuación al apdo. 2 del PPT y de la adecuación de las variables y formato presentado para la estadística de visitantes.”*

Por su parte, en el anexo IV del PCAP “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor”, a incluir en el sobre 2, se recoge lo siguiente:

*“Los licitantes deberán presentar la documentación que se expone a continuación, con cumplimiento de las exigencias que se indican en los diferentes apartados:*

*1. Metodología y Planning de trabajo:*

- *Explicación de forma breve y clara la metodología de trabajo que se seguirá para cada una de las actuaciones explicadas en el apartado Descripción del Trabajo del PPT.*
- *Cuadrante anual del servicio, por meses y puestos de desempeño del servicio, indicando la persona que cubrirá el puesto en cada momento.*
- *Previsión de sustituciones del personal en caso de incidencia temporal en la prestación del servicio y tiempo de respuesta previsto.*

*2. Características estéticas en la prestación:*

- *Uniforme de trabajo para el personal que desempeñe los puestos de trabajo*

*3. Informe mensual del servicio:*

- *Se describirá brevemente el informe mensual del servicio en relación con el apartado segundo del PPT*
- *Modelo de realización de encuestas de calidad y satisfacción a los visitantes, tratamientos de los datos y análisis estadístico.*
- *Tabla estadística por monumento, con especificación del formato de datos para su*



*presentación.”*

Expuesto el contenido de los anexos IV y VII del PCAP, por razones sistemáticas se van a analizar conjuntamente los criterios primero y tercero y, posteriormente, el segundo.

A) Así, en cuanto al nivel de concreción del criterio, con respecto al primero de ellos “Metodología y Planning de trabajo”, éste se encuentra dividido en cuatro subcriterios pues en el pliego se recoge que se valorará “la metodología de trabajo”, “la adecuación del cuadrante del servicio”, “la previsión de sustituciones del personal en caso de incidencia temporal en la prestación del servicio” y “el tiempo de respuesta”. Además en el anexo IV del PCAP, para el primer subcriterio se recoge la necesidad de una explicación de forma breve y clara de la metodología de trabajo que se seguirá para cada una de las actuaciones explicadas en el apartado Descripción del Trabajo del PPT, para el segundo de los subcriterios se recoge la obligación de aportar un cuadrante anual del servicio, por meses y puestos de desempeño del servicio, indicando la persona que cubrirá el puesto en cada momento y para el tercer y cuarto subcriterio se recoge la necesidad de una previsión de sustituciones del personal en caso de incidencia temporal en la prestación del servicio y tiempo de respuesta previsto.

Con respecto al tercero de los criterios de adjudicación objeto de controversia “Informe mensual”, éste se encuentra, igualmente, dividido en subcriterios, señalándose asimismo en el anexo IV de forma adecuada qué han de aportar y en qué forma y contenido los distintos licitadores para que su ofertas puedan ser valoradas adecuadamente.

Al respecto, como este Tribunal ha venido manifestando, no resulta necesario que los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor se



encuentren tan sumamente pormenorizados que no exista margen de apreciación discrecional, puesto que ello alteraría la naturaleza misma de este tipo de criterios de adjudicación. En el primer criterio que se analiza, nos encontramos que el mismo se ha desarrollado de forma suficiente estableciendo subcriterios con el grado de concreción necesario para que se cumpla el principio de igualdad y que el licitador pueda orientarse a la hora de formular su oferta.

En cuanto al nivel de ponderación del criterio, en ambos criterios -primero y tercero- la recurrente denuncia que ni tan siquiera se establece un reparto de puntos entre los subcriterios convirtiendo la discrecionalidad en arbitrariedad.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la no existencia de una puntuación diferenciada para cada uno de los contenidos a valorar, esto es la valoración global y no por apartados no puede considerarse arbitraria sino que forma parte de la discrecionalidad técnica con la que el órgano de contratación debe valorar la ofertas presentadas, sin que sea exigible que los pliegos prevean de forma expresa una puntuación diferenciada para cada uno de los subcriterios a valorar. En esta licitación considera el órgano de contratación más importante la valoración de cada criterio en su conjunto -conocidos previamente y en igualdad de condiciones para todos los licitadores-, que la delimitación por subcriterios, pues es más relevante, a su juicio, la exposición de todo el conjunto de los contenidos de cada uno de ellos que la suma de las partes.

Al respecto, y en cuanto a la falta de reglas de ponderación de los criterios -subcriterios en este caso- evaluables mediante juicio de valor, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse, entre las más recientes, en su resoluciones 239/2015, de 29 de junio y 417/2015, de 10 de diciembre; en ellas se señalaba que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y



otros-, admite que estando el criterio definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse en el mismo subcriterios sin ponderar, como es el caso del analizado en la presente resolución, permitiendo que sea a posteriori cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y la ponderación se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio. Así, señala la citada sentencia que *“el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.”*

Por tanto, conforme a la sentencia Viaggi di Maio, el margen de discrecionalidad reconocido al órgano evaluador de las ofertas queda definido en atención a unos aspectos concretos sujetos a su valoración y a la puntuación prevista para cada criterio. Si el nivel de detalle en los criterios evaluables en función de un juicio de valor fuese excesivamente exhaustivo para así poder prever cuál será la puntuación de cada oferta, la naturaleza del criterio quedaría claramente desvirtuada y el juicio técnico del órgano evaluador quedaría muy reducido, cercano a una aplicación automática.

Así, una vez analizado que ambos criterios -primero y tercero- están suficientemente delimitados y descritos en el PCAP, no puede declararse a



priori, como hace la recurrente, la no conformidad a derecho de no establecer en el pliego las reglas de ponderación de los subcriterios, pues conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano técnico evaluador tiene la facultad de atribuir peso específico a diferentes subcriterios de un criterio de adjudicación, siempre dentro de los límites de no alterar la igualdad entre licitadores y la transparencia en la licitación.

Otra cosa distinta sería analizar si el órgano evaluador de las ofertas ha respetado la triple limitación que contempla la sentencia Viaggi di Maio, pero en tal caso no se estaría enjuiciando la validez del PCAP, sino la del ejercicio de esta facultad del órgano evaluador de las ofertas.

Debe, pues, conforme ha quedado expuesto, declararse la conformidad a derecho de la descripción de los criterios de adjudicación “Metodología y planing de trabajo” e “Informe mensual” que hace el PCAP.

B) Con respecto al segundo criterio de adjudicación “Características estéticas de la prestación”, es el que queda menos desarrollado, en él, se señala como aspecto a tener en cuenta en la valoración el “uniforme de trabajo para el personal que desempeñe los puestos de trabajo” y se le confieren seis puntos, sobre un total de 100. Sobre este extremo este Tribunal considera que teniendo en cuenta su bajo peso con relación al resto de criterios -6 % del total-, y si bien es cierto que el órgano de contratación lo habría podido desarrollar más, no llega a suponer una infracción que conlleve la anulabilidad de los pliegos.

En tal sentido, la Resolución 416/2015, de 8 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recogiendo doctrina anterior del mismo Órgano, señala que *“El artículo 150.2 del TRLCSP hace referencia expresa a la posibilidad de incluir criterios de adjudicación no valorables mediante la mera aplicación de fórmulas (criterios subjetivos). En el presente lote los criterios valorables como juicios de valor tienen una ponderación del 5*



*% en relación a los criterios valorables mediante aplicación de fórmulas (35%) y el precio (65 %) por lo que el riesgo a la disparidad y arbitrariedad a la que alude el recurrente difícilmente se puede sostener.*

*(...) Pues bien tal y como hemos visto el grado de concreción de estos criterios es suficiente para que se cumpla el principio de igualdad y que el licitador se oriente a la hora de formular su oferta. No solo por su peso relativo en el conjunto de criterios y su ponderación (cinco puntos frente a 100) sino por su configuración con una cierta determinación a razón de un punto por criterio y si bien hay tres de ellos que dejan un cierto margen de discrecionalidad en la futura actuación de los órganos de contratación, no puede llegarse a la conclusión que en base a los mismos se impide a los licitadores formular en este momento sus ofertas con un grado suficiente de conocimiento, que es lo que ante todo debe evitarse”.*

En consecuencia, por cuanto se ha expuesto no puede prosperar el motivo del recurso interpuesto por la entidad HERITAGE analizado en este fundamento de derecho, ya que los criterios de valoración evaluables mediante juicio de valor que figuran en el PCAP tienen la concreción necesaria para permitir a los licitadores preparar sus ofertas con un grado de conocimiento suficiente.

**NOVENO.-** En cuanto al último de los motivos del recurso interpuesto por la entidad HERITAGE, ésta combate que, tras la publicación en el perfil de contratación el 17 de febrero de 2016, del PCAP que rige la licitación, con fecha 23 de febrero de 2016 el Patronato de la Alhambra y Generalife publica en el perfil de contratante una resolución de su Director, de 22 de febrero de 2016, por la que se acuerda “corrección de error material del Pliego”, conforme al procedimiento previsto en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, que afecta al anexo VII del PCAP referido a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor; como consecuencia de esta resolución se publica una nueva versión del PCAP. En su escrito de recurso, la recurrente transcribe los citados criterios antes y después de la



corrección, tal y como se recogen en la citada resolución de 22 de febrero de 2016.

Alega la recurrente que se ha modificado totalmente el contenido del pliego en este aspecto, con una nueva redistribución de los puntos entre los distintos aspectos, la desaparición de alguno de ellos y la aparición de otros nuevos que no se recogían en la primera versión; asimismo, desaparece la valoración del equipo de trabajo, a pesar de exigir el PPT su aportación con carácter nominativo y se refuerzan, además, las puntuaciones de los apartados menos específicos.

A juicio de la recurrente, se trata, en realidad, de una modificación sustancial de las previsiones de valoración, hasta el punto de que las ofertas técnicas de las empresas que iban a licitar -el plazo finalizaba dos días después de esa fecha-, ya no sirven, pues se ha desplazado la puntuación desde las características del equipo de trabajo hacia el planing de trabajo, eliminando además las escasas previsiones de criterios mínimamente objetivables que se recogían en la versión inicial.

Entendemos -señala HERITAGE- que el procedimiento seguido por el Patronato de la Alhambra y Generalife para realizar una modificación encubierta del pliego, haciéndola pasar por una corrección de errores materiales es absolutamente inaceptable, hasta el punto que el acto en sí debe considerarse nulo de pleno derecho. Al respecto, añade la recurrente que el Tribunal Supremo, en una línea harto consolidada, exige que se adopte un criterio francamente excepcional a la hora de que la Administración competente “rectifique” los supuestos errores de hecho de sus propios actos, y tal doctrina se erige en óbice insalvable cuando, entre otros casos, la rectificación lleva consigo una alteración sustancial del contenido del acto rectificado.



Concluye la recurrente que se debería de haber retrotraído el procedimiento de licitación al momento de la aprobación de los pliegos, con nuevo informe del Gabinete Jurídico y nueva publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) y en la plataforma de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso alega que durante la tramitación del procedimiento de contratación y antes de publicar la licitación, se pone de manifiesto por parte de la Intervención de la Junta de Andalucía determinadas recomendaciones del Tribunal de Cuentas que aconsejaban la necesidad de modificar determinados anexos del PCAP, tales como el anexo III-C “Documentación general. Documentación acreditativa de los requisitos previos. Solvencia económica y financiera”, el anexo III-C “Documentación general. Documentación acreditativa de los requisitos previos. Solvencia técnica o profesional” y el anexo IV “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor”.

Dichas variaciones del PCAP, sigue señalando el órgano de contratación, se remitieron a informe del Gabinete Jurídico y se siguió con la tramitación del expediente sin reparar que el anexo VII “Criterios de adjudicación y baremos de valoración” no había sido también adaptado conforme a lo establecido en la nueva redacción de los citados anexos III-C y IV. Es posteriormente, tras su publicación en el perfil de contratante, cuando se detecta el error que motivó la resolución de corrección de errores de 22 de febrero de 2016, publicándose inmediatamente en el perfil de contratante y en el BOJA el 23 y 26 de febrero de 2016, respectivamente.

Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis del fondo de la controversia. Al respecto, en cuanto a la posibilidad de corregir o rectificar errores en el procedimiento de contratación, es preciso acudir al artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el segundo párrafo del artículo 75 del TRLCSP que establece que “*Cualquier aclaración o rectificación*



*de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones”.*

En cuanto al artículo 105.2 de la Ley 30/1992, establece que *“Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.*

Sobre la rectificación de errores este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones, entre las más recientes, en sus resoluciones 63/2015, de 24 de febrero, 256/2015, de 15 de julio y 305/2015, de 3 de septiembre, en ellas se señalaba que sobre el particular existe una consolidada doctrina acuñada por el Tribunal Supremo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\6001), con cita de otras muchas anteriores, señala que *“(…) es menester considerar que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorización prima facie con su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:*

- a) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;*
- b) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;*
- c) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;*
- d) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;*



- e) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);
- f) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y
- g) Que se aplique con un hondo criterio restrictivo.”

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2000, de 13 de marzo, citada en las anteriores resoluciones de este Tribunal 63/2015, 256/2015 y 305/2015, se refiere al error material como “*un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, (que) no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente*”.

En definitiva, de la doctrina expuesta se deduce que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica.

Procede, pues, analizar si la alteración llevada a cabo en el anexo VII del PCAP referido a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor puede acogerse al concepto de error material, de hecho o aritmético acuñado por la doctrina jurisprudencial. Al respecto, en la primera versión del



citado anexo VII del PCAP, publicado en el perfil de contratante el 17 de febrero de 2016 se recogía lo siguiente:

*“Criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor: 49%*

*1. Metodología y Planning de trabajo (hasta 10 puntos)*

*Se valorará la metodología de trabajo, la adecuación del cuadrante del servicio, la previsión de sustituciones del personal en caso de incidencia temporal en la prestación del servicio y el tiempo de respuesta.*

*2. Equipo de trabajo (hasta 26 puntos)*

*El equipo deberá, como mínimo, ajustarse a lo dispuestos en el apdo. 4 del PPT. El requisito de titulación no se valorará dentro del concepto de formación.*

*Específicamente se tendrá en cuenta la capacitación y cualificación de los miembros del equipo y la formación en el ámbito del Patrimonio Histórico, con el número de horas en cursos directamente relacionados.*

*2.1 Idiomas internacionales de nivel B2 (MCER) o superior en el conjunto del equipo, hasta 14 puntos.*

*2.2. Horas de formación en cursos directamente relacionados con el Patrimonio Histórico, hasta 12 puntos.*

*3. Informe mensual (hasta 10 puntos)*

*Se valorará el contenido del informe mensual en función de su adecuación al apdo. 2 del PPT y de la adecuación de las variables y formato presentado para la estadística de visitantes.*

*4. Orden, claridad y concisión de la propuesta (hasta 3 puntos)”*

Por su parte, en la segunda versión, y definitiva, del citado anexo VII del PCAP, publicado en el perfil de contratante el 23 de febrero de 2016 se recogía lo siguiente:

*“Criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor: 49%*

*1. Metodología y Planning de trabajo (hasta 30 puntos)*



*Se valorará la metodología de trabajo, la adecuación del cuadrante del servicio, la previsión de sustituciones del personal en caso de incidencia temporal en la prestación del servicio y el tiempo de respuesta.*

*2. Características estéticas de la prestación (hasta 6 puntos)*

*- Uniforme de trabajo para el personal que desempeñe los puestos de trabajo.*

*3. Informe mensual (hasta 13 puntos)*

*Se valorará el contenido del informe mensual en función de su adecuación al apdo. 2 del PPT y de la adecuación de las variables y formato presentado para la estadística de visitantes.”*

Pues bien, como afirma la recurrente, han desaparecido unos criterios que aparecían en la primera versión -el 2 y el 4- y han aparecido otros nuevos que no se recogían en aquella -el 2 de la segunda versión “*características estéticas de la prestación*”-, asimismo hay una nueva redistribución de los puntos entre los distintos criterios -10, 26, 10 y 3 en la primera versión y 30, 6 y 13 en la segunda versión.

*Prima facie*, del análisis de la jurisprudencia expuesta y de su aplicación al supuesto de hecho controvertido, se infiere que la rectificación o corrección de errores no es el medio jurídico, apto y natural para eliminar dos criterios de adjudicación e incorporar uno nuevo completamente distinto a los dos eliminados, además de una redistribución de puntos que, por ejemplo, en el primer criterio “*Metodología y planing de trabajo*” ha pasado de 10 a 30 puntos sobre un total de 49.

No se puede acoger la alegación del órgano de contratación de que ha sido un error material pues la sola apreciación de la incoherencia entre ambos anexos y su intento de corrección -el anexo IV, de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor, no tiene porque contener necesariamente la misma información que el anexo VII, de criterios de



adjudicación y baremos de valoración-, unido a una nueva distribución de la puntuación, ya supondría la aplicación de un juicio valorativo y una calificación jurídica incompatible con la simple rectificación de errores y que sobrepasaría con creces su ámbito propio de actuación.

En definitiva, la alteración del contenido del anexo IV del PCAP “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor”, operada por la resolución, de 22 de febrero de 2016, del Director del Patronato de la Alhambra y Generalife, por la que se realiza la corrección de error material del Pliego, ha producido una modificación sustancial de los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor, y por tanto, ha modificado sustancialmente el PCAP.

Incluso, muy probablemente, esta modificación del pliego obligaría a la mayoría de las empresas licitadoras a modificar su oferta -aunque de este extremo no se tiene constancia dada la ausencia de documentación al respecto remitida por el órgano de contratación-, dada la eliminación operada de dos criterios de adjudicación y la incorporación de uno nuevo completamente distinto a los eliminados, además de una redistribución de puntos, lo que se corrobora por el hecho de que el órgano de contratación en la publicación de la modificación del PCAP en el BOJA señala que “(...) *procede la apertura de un nuevo periodo de presentación de ofertas, posibilitando, además a aquellos licitadores que ya hayan presentado sus proposiciones, la opción de mantenerla o solicitar su devolución para una nueva presentación de oferta.*”, lo que no dejar lugar a dudas de la importancia que para el órgano de contratación significaba la modificación operada.

Ahora bien, aun reconociendo que no estemos ante una mera rectificación material de errores y sí ante una modificación sustancial del contenido de los pliegos, no cabe olvidar que nos encontramos en la fase inicial del procedimiento, por lo que la consecuencia de advertir en los pliegos un error material o una



infracción de otra naturaleza no diferirá mucho en ambos casos y consistirá, fundamentalmente, en publicar la modificación operada en aquellos utilizando los mismos medios de publicación que para la convocatoria de la licitación; circunstancia que como se ha expuesto anteriormente ha acontecido en el presente supuesto pues la modificación del PCAP -aún con formato de corrección de errores- fue publicada en el perfil de contratante y en el BOJA el 23 y 26 de febrero de 2016, respectivamente, en los mismos medios y plazos de presentación que la convocatoria inicial de licitación.

En el sentido expuesto, también se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 14/2014, de 17 de enero, donde declara que *“(...) cuando el órgano de contratación entendió que procedía la rectificación de los pliegos y anuncios (...) el procedimiento de licitación se encontraba en una fase de tramitación inicial en la que únicamente se había procedido a la publicación de los preceptivos anuncios, siendo así que, en aras de los principios de economía procedimental y de celeridad, nada impide acordar una rectificación de los pliegos y dar publicidad a dicha modificación con nuevos anuncios en los que se establezcan nuevos plazos para la presentación de proposiciones y la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas. Dicha actuación es plenamente garantista con los derechos de los licitadores y consigue un resultado idéntico al que se habría alcanzado con la anulación del procedimiento y la iniciación de otro posterior (...)”*

Asimismo, con respecto al control de legalidad que supone la necesidad de que el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía informe la modificación operada en el anexo VII “Criterios de adjudicación y baremos de valoración” -trámite que la recurrente denuncia como omitido al haberse efectuado una mera corrección de errores y no una modificación del contenido del pliego-, hemos de indicar que aun procediendo a la anulación del PCAP y retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la aprobación del mismo, la emisión del



informe del Gabinete Jurídico en nada alteraría el contenido de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, pues éstos han sido declarados conformes a derecho por este Tribunal, siendo la anulación de los mismos el motivo principal en que se asienta el recurso y no la mera formalidad en la tramitación del procedimiento en cuestión.

En consecuencia, debe desestimarse este motivo del recurso y confirmarse en estos extremos el PCAP, de conformidad con los principios de eficacia, celeridad y economía procesal.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en su resoluciones 389/2015, de 17 de noviembre y 395/2015, de 20 de noviembre, con cita en resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en la 185/2014, de 7 de marzo, en la que manifiesta en su fundamento de derecho sexto que *“Resulta, pues, contrario al principio de economía procesal, derivado a su vez de los de eficacia (artículos 103 CE y 3 LRJPAC) y celeridad (artículo 74 LRJPAC), declarar una nulidad que en nada habría de afectar al sentido del acuerdo impugnado, tal y como ha tenido ocasión de señalar ya este Tribunal (Resoluciones 214/2012 y 250/2013), en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 6 de noviembre de 1963, 11 de marzo de 1980, 28 de julio de 1986, 5 de abril de 1989, 30 de noviembre de 1993, 28 de abril de 1999, 12 de diciembre de 2000, 23 de febrero de 2012, entre otras).*

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las entidades **INNOVA DATA CENTER, S.L.** y **HERITAGE**



**PATRIMONIO, PAISAJE Y TERRITORIO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de atención al público en los monumentos integrantes del proyecto Dobla de Oro, incluyendo acceso a los monumentos, control de aforos, información al visitante y estadísticas”, Expte. 2015/000196, promovido por el Patronato de la Alhambra y Generalife, agencia administrativa adscrita a la Consejería de Cultura.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición de ambos recursos, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 2 de marzo de 2016.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

