

Recurso 218/2015**Resolución 417/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 10 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.A.** contra el Decreto de la Delegación General del Área de Gestión Presupuestaria y Administración Pública del Ayuntamiento de San Fernando, de 10 de septiembre de 2015, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza de los centros escolares públicos de San Fernando”, (Expte. SC 12/15), promovido por dicho Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 21 de mayo de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 19 de mayo de 2015 se publicó el citado anuncio en el perfil de contratante y el 10 de junio de 2015 en el Boletín Oficial del Estado número 138.

El valor estimado del contrato asciende a 4.641.717,04 euros.



SEGUNDO: La presente licitación se rige por 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, le es de aplicación 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.

En dicho procedimiento presentaron ofertas varias empresas y entre ellas la ahora recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 10 de septiembre de 2015 el órgano de contratación dictó acuerdo de adjudicación del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución a favor de la entidad EXPERTUS MULTISERVICIOS DEL SUR, S.L.. Dicha acuerdo fue remitido a la ahora recurrente por fax y publicado en el perfil de contratante con fecha 11 de septiembre de 2015.

CUARTO. El 25 de septiembre de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.A. (en adelante FISSA) contra el citado Decreto, de 10 de septiembre de 2015, por el que se adjudica el mencionado contrato de servicios. Dicho recurso, el informe al mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones fueron remitidos por el órgano de contratación, teniendo entrada en este Tribunal con fecha 5 de octubre de 2015 y 12 de noviembre de 2015.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 9 de octubre de 2015, se solicita a la recurrente que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la recurrente teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 13 de octubre de 2015.



SEXTO. Mediante resolución, de 19 de octubre de 2015, este Tribunal acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución.

SÉPTIMO. Con fecha 19 de octubre de 2015, por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones. En el plazo concedido para ello ha presentado alegaciones la empresa EXPERTUS MULTISERVICIOS DEL SUR, S.L. (en adelante EXPERTUS).

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.

En concreto el acto impugnado ha sido dictado por el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz), derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, del convenio, a tales efectos, formalizado con fecha 3 de abril de 2013 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el citado Ayuntamiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 de TRLCSP.



TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone 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 servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano con la condición de Administración Pública, siendo su valor estimado de 4.641.717,04 euros, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

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

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la ahora recurrente por fax y publicada en el perfil de contratante con fecha 11 de septiembre de 2015, presentándose el recurso en el Registro del órgano de contratación el 25 de septiembre de 2015, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en el recurso que, con estimación del mismo, se acuerde la nulidad de la adjudicación impugnada y de todo el procedimiento de licitación al haberse incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho de los criterios de adjudicación previstos en el apartado dos de la cláusula 19 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).



La recurrente centra su recurso para combatir el acuerdo de adjudicación en una única pretensión, esto es la nulidad del procedimiento de contratación por falta de concreción en los pliegos de los criterios de valoración a aplicar y falta de reglas de ponderación de los mismos; en concreto, de los previstos en el apartado dos de la cláusula 19 del PCAP.

Alega la recurrente que el apartado dos de la cláusula 19 del PCAP no concreta los criterios a aplicar para otorgar las puntuaciones en los casos en los que se requiere la emisión de un juicio de valor para su cuantificación. Prueba de la falta de concreción de los criterios de valoración y de la forma de ponderar los mismos, afirma la recurrente, es que el informe emitido por la comisión técnica de valoración realiza un amplísimo ejercicio de fijación de criterios de valoración y ponderación de los mismos. Para reforzar su alegato la recurrente trae a colación la Sentencia de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, caso Alexandroupolis, y, fundamentalmente, la Resolución 292/2015, de 31 de julio, de este Tribunal.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta lo siguiente:

1. Convocada licitación la empresa recurrente no impugnó ni opuso objeción alguna al contenido de los Pliegos del contrato; siendo así, es obvio que aceptó y consintió de manera incondicional el contenido de dichos Pliegos.

2. Los criterios de adjudicación del contrato objeto de impugnación están perfectamente definidos y valorados en los Pliegos aprobados al efecto. Basta hacer una lectura conjunta tanto del contenido del PCAP como del de prescripciones técnicas para llegar a tal conclusión. Cuestión distinta es que la empresa FISSA, adjudicataria del contrato de limpieza de los centros escolares hasta el día 1 de octubre de 2015, no haya visto colmadas sus pretensiones en la nueva licitación tramitada por el Ayuntamiento de San Fernando.



3. En ningún caso se han introducido en el informe de la comisión de valoración, criterios de adjudicación no previstos en el Pliego del contrato. En este sentido, la comisión de valoración se ha limitado a explicar y justificar las conclusiones a las que llega en su informe, sobre la base de unos criterios de valoración previamente fijados en los Pliegos. Dichos criterios y la forma de valorarlos han sido aplicados por igual a todas las empresas concurrentes a la licitación.

4. Es importante resaltar, pues FISSA omite de manera deliberada cualquier referencia al respecto, que ningún perjuicio se le ha causado por la supuesta inconcreción de los criterios de adjudicación a los que alude en su recurso. Es más, lejos de producirse tal menoscabo, se puede constatar que dicha empresa es la que ha obtenido la mayor puntuación, con diferencia, en la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor. Así, mientras que FISSA obtuvo una valoración de 51,67 puntos sobre un máximo posible de 55,00 puntos, la siguiente oferta mejor valorada en dicho criterio, fue la de la mercantil FERROSER SERVICIOS AUXILIARES S.A., con 41,52 puntos, es decir, más de 10 puntos por debajo de la puntuación obtenida por FISSA. Por su parte la propuesta de EXPERTUS, entidad que a la postre ha resultado adjudicataria del contrato, fue valorada con 40,13 puntos, lo que supone 11,52 puntos menos que FISSA.

5. Resulta ser un hecho fundamental, que no puede obviarse en la resolución del presente recurso, que la empresa FISSA, tras obtener la mejor puntuación en los criterios evaluables mediante juicio de valor, perdió la opción de ser adjudicataria del contrato, debido a la oferta económica presentada en la licitación, cuya valoración, recordemos, se basa en fórmulas matemáticas. En este sentido, aplicando la fórmula matemática prevista en el pliego para la valoración de las ofertas económicas, la puntuación que le corresponde a EXPERTUS es de 45,00 puntos, mientras que la de FISSA es de 28,52 puntos, esto es, 16,48 puntos menos que EXPERTUS. A la vista de lo anterior, se puede afirmar de manera incuestionable que FISSA no ha sido adjudicataria del contrato de servicio de limpieza que nos ocupa, por la aplicación de un criterio de adjudicación puramente objetivo, como es la oferta económica, cuyo



contenido y resultado, dicho sea de paso, no ha sido objeto de impugnación en el presente recurso.

6. Del mismo modo se puede apreciar que aunque FISSA hubiera obtenido la mayor puntuación posible en la valoración de los criterios de adjudicación cuya legalidad discute ahora, esto es, 55 puntos, en vez de los 51,67 puntos asignados, el resultado final de la licitación no se vería afectado, pues una vez aplicada la puntuación obtenida en el criterio de valoración relacionado con la oferta económica, obtendría una puntuación total de 83,52 puntos, frente a la de EXPERTUS, que seguiría sumando 85,43 puntos. Este hecho, significativo por sí mismo y conocido sobradamente por FISSA, adquiere aún más relevancia si se tiene en cuenta que esta no ha cuestionado la corrección de su puntuación, como tampoco lo ha hecho respecto de la puntuación otorgada a la empresa adjudicataria del contrato. Es más, ni siquiera ha discutido las consideraciones técnicas y jurídicas puestas de manifiesto en el informe técnico de la comisión de valoración, se limita a decir simple y llanamente que los criterios de adjudicación previstos en el Pliego no se ajustan a derecho.

7. Gran parte de los argumentos que se exponen en el presente recurso devienen del contenido de la Resolución 292/2015, de 31 de julio, de ese Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Sin embargo, el supuesto de hecho que nos ocupa -en el que se limita a decir simple y llanamente que los criterios de adjudicación previstos en el Pliego no se ajustan a derecho- difiere sustancialmente del resuelto en la mencionada resolución, en el que la entidad recurrente, además de alegar falta de concreción de los criterios de adjudicación previstos en el Pliego, impugnó de manera clara y directa la valoración concedida a la adjudicataria en el criterio objetivo ponderable de forma automática, concerniente a las horas extraordinarias, solicitando en su recurso en primer lugar, la nulidad del procedimiento por falta de concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y, subsidiariamente, la nulidad de la resolución de adjudicación en el aspecto cuestionado y la retroacción de actuaciones para que se procediera a una nueva valoración de las proposiciones conforme a lo solicitado.



Por su parte la empresa EXPERTUS, como entidad interesada, manifiesta lo siguiente:

1. Que no ha existido ningún cambio en los criterios de valoración descritos en los pliegos, ni se han introducido subcriterios, tan solo existe un informe objetivo sobre un criterio que comúnmente se denomina “subjetivo”, como son los criterios de juicio de valor, no produciéndose por tanto ninguna alteración en las condiciones de los mismos.

2. Que la recurrente es la máxima beneficiaria de las puntuaciones en los criterios que recurre por falta de concreción y arbitrariedad, existiendo una diferencia notable de puntuación con respecto a la segunda mejor valorada (10,15 puntos), y con respecto a EXPERTUS (11,54 puntos).

3. Que existe una mejor oferta económica por parte de EXPERTUS, por la que consigue en este criterio objetivo con valoración mediante fórmula matemática, la máxima puntuación (45,00 puntos), que sumados con el resto de puntos obtenidos en los otros criterios arroja una diferencia a su favor sobre la recurrente de 4,94 puntos.

4. Que aún obteniendo la recurrente la máxima puntuación en los criterios impugnados (55,00 puntos), seguiría siendo EXPERTUS la adjudicataria del servicio.

5. Que suponiendo la nulidad en las puntuaciones de los criterios impugnados, seguiría siendo EXPERTUS, al ser la mejor oferta económica, la adjudicataria del servicio.

SEXO. Vista las alegaciones de las partes procede el análisis del fondo del recurso.

Al respecto procede traer a colación la regulación contenida en los pliegos relativa a los criterios impugnados.



En ese sentido el PCAP en su cláusula 19 “Criterios de adjudicación”, establece lo siguiente:

“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente mas ventajosa se atenderá a varios criterios de valoración, directamente vinculados al objeto del contrato.

Los criterios que han de servir de base para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente mas ventajosa son los siguientes, con arreglo a la ponderación que se indica sobre un máximo de 100 puntos:

(...)

2. Criterios de valoración para cuya cuantificación se requiere la emisión de un juicio de valor. De 0 a 55 puntos, distribuidos del siguiente modo:

2.1 Calidad de la Propuesta Técnica. De 0 y 35 puntos.

Se valorara todo lo relacionado con la calidad de la propuesta técnica atendiendo, entre otros, a aspectos tales como el planteamiento global de la prestación, adecuación de los medios materiales y humanos para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato; mejor organización de los turnos de trabajo etc...

2.2. Mejoras del servicio, sin coste adicional alguno. De 0 y 20 puntos.

Se valoraran las mejoras del servicio ofertadas por el licitador, siempre que tales mejoras estén directamente relacionadas con el objeto del contrato, no se hallen comprendidas entre las prestaciones y obligaciones del contrato y beneficien al servicio.

Aunque la oferta de estas mejoras no supone coste adicional para la Administración, deberán los licitadores presentar la valoración de dicho coste pues el mismo estará incluido como mejora en el precio cierto ofertado por el adjudicatario para la ejecución del contrato e integrado dentro del margen de riesgo y ventura que afronta en dicha ejecución.



La valoración económica de las mejoras deberá realizarse con el suficiente grado de definición que permita su comparación a precios de mercado, si bien la puntuación asignada dependerá de la idoneidad de las mismas.

Con objeto de evitar la sobre valoración de mejoras, el Ayuntamiento podrá optar por no ejecutar las mejoras propuestas y destinar el valor económico ofertado en otras actuaciones relacionadas con el objeto del contrato y que resulten de interés.”

A su vez, y en relación con lo anterior, el PCAP en su cláusula 15, cuando regula el contenido de cada sobre, establece para el sobre B de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, lo siguiente:

“Los licitadores aportaran en el sobre B una Propuesta Técnica que comprenderá toda la documentación que estimen adecuada a fin de acreditar que su proposición cumple lo requerido en el presente pliego de clausulas administrativas particulares y, en especial, en el pliego de prescripciones técnicas particulares, y de acreditar en que medida cumplen con los criterios de valoración para cuya cuantificación se requiere la emisión de un juicio de valor.

El numero de copias a entregar sera el siguiente: una copia firmada en papel y dos copias en soporte digital (formato pdf).

Queda al criterio de cada licitador establecer el contenido, alcance y grado de definición de la Propuesta Técnica presentada. No obstante, inexcusablemente, en la Propuesta Técnica ha de incorporarse una Memoria descriptiva de la metodología organizativa del servicio, según prestaciones y frecuencias establecidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares, acompañada de certificados de visitas a los centros relacionados en la clausula 1 del presente pliego firmados o sellados por los responsables de los distintos centros educativos. Dichas visitas deberán realizarse entre los días 19 de mayo y 19 de julio de 2015, ambos inclusive.

La falta de presentación por el licitador de la Propuesta Técnica, con el contenido mínimo indicado, sera causa de rechazo de su oferta.

Asimismo, la Propuesta Técnica incluirá, en su caso, la propuesta de mejoras ofertadas por el licitador.

En ningún caso se incluirán en el SOBRE B documentos propios del SOBRE C.”



Para resolver este alegato hemos de partir de la naturaleza de los criterios de adjudicación impugnados, toda vez que los mismos no son de evaluación automática y se valoran en función de juicios de valor.

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 ya 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 de los dos criterios impugnados puede reputarse suficiente como para permitir a los licitadores formular sus ofertas con el grado de conocimiento necesario.



En el primer criterio impugnado, esto es “Calidad de la Propuesta Técnica”, el PCAP establece que se valorará todo lo relacionado con la calidad de la propuesta técnica atendiendo a aspectos tales como el planteamiento global de la prestación, adecuación de los medios materiales y humanos para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, mejor organización de los turnos de trabajo etc, si bien deja abierta la posibilidad de valorar otros aspectos, cuestión ésta no deseable. En la cláusula 15 del PCAP, en la documentación a aportar dentro del sobre B, complementa los aspectos anteriores cuando establece que, inexcusablemente, en la Propuesta Técnica ha de incorporarse una memoria descriptiva de la metodología organizativa del servicio, según prestaciones y frecuencias establecidas en el PPT, acompañada de certificados de visitas a los centros relacionados en la cláusula 1 del presente pliego.

En ese sentido el informe de la comisión técnica, con respecto al criterio de calidad de la propuesta técnica, valora las distintas propuestas atendiendo a dos apartados, memoria del servicio puntuable hasta 25 puntos y control del servicio puntuable hasta 10 puntos.

En el apartado <<memoria del servicio>> el informe técnico toma en consideración el estudio concreto e individualizado de las dependencias de cada centro y valora el plan de trabajo ofertado y su programación, frecuencias de limpieza, personal a destinar para su correcto cumplimiento, los refuerzos propuestos en su caso, y la distribución tanto de trabajadores como de horas de limpieza en cada colegio; aspectos que se encuadran dentro de los valorables en el criterio de calidad de la propuesta técnica previstos en el PCAP, en concreto los relacionados con la adecuación de medios humanos para la ejecución de las prestaciones, mejor organización de los turnos de trabajo, metodología organizativa del servicio y visitas a los distintos centros objeto de limpieza.

Asimismo, en este mismo apartado el informe técnico toma en consideración, tal y como se prevé en el PCAP, todos los aspectos relacionados con la adecuación de los medios materiales para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, tales como maquinaria de limpieza y equipos auxiliares necesarios y sus repuestos,



accesorios, vestuario, herramientas, andamios, escaleras, elevadores mecánicos y elementos especiales de protección y seguridad entre otros.

En el apartado <<control del servicio>> el informe técnico toma en consideración los distintos medios de control y supervisión del servicio ofertados por los licitadores, en concreto se ha valorado tanto el personal como los medios a utilizar para la realización de la supervisión, el plan de prevención de riesgos laborales y plan de formación a los trabajadores entre otros; aspectos que se encuadran dentro de los valorables en el criterio de calidad de la propuesta técnica previstos en el PCAP, al igual que en el apartado anterior, en concreto los relacionados con el planteamiento global de la prestación, la adecuación de los medios humanos para la ejecución del contrato y la metodología organizativa del servicio.

En definitiva, los distintos apartados y aspectos recogidos en el informe técnico de valoración de las ofertas conforme al criterio evaluable mediante juicio de valor analizado, no vienen a trasgredir dicho criterio de adjudicación, sino que recogen con precisión y a modo de justificación extremos referidos a métodos, técnicas o instrumentos de valoración que no pueden devenir improcedentes o ilegales si con ellos el órgano técnico evaluador, siempre que no se modifiquen los criterios de adjudicación definidos en los pliegos, explica razonadamente y tras un método analítico adecuado la razón de ser de la valoración efectuada como es el presente caso.

En cuanto a la falta de reglas de ponderación del criterio analizado evaluable mediante juicio de valor “Calidad de la Propuesta Técnica”, 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 criterio que se analiza en donde se recogen los distintos aspectos que han de ser objeto de valoración, 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, 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, circunstancias ambas que se dan en el criterio que se analiza. 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.

En consecuencia, y en virtud de las consideraciones expuestas, entiende este Tribunal que la alegación de la recurrente, relativa al criterio evaluable mediante juicio de valor “Calidad de la Propuesta Técnica”, de que no se han concretado en los pliegos los criterios a aplicar y que no se han fijado las reglas de ponderación de los mismos dando lugar a que la Administración haya incurrido en arbitrariedad, debe ser desestimada.



SÉPTIMO. En el segundo criterio impugnado, esto es “Mejoras del servicio sin coste adicional”, en el que la recurrente denuncia, asimismo, que no se han concretado en los pliegos los criterios a aplicar y no se han fijado las reglas de ponderación de los mismos. El PCAP establece que se valorarán las mejoras del servicio ofertadas por el licitador, siempre que tales mejoras estén directamente relacionadas con el objeto del contrato, no se hallen comprendidas entre las prestaciones y obligaciones del contrato y beneficien al servicio. Asimismo, el criterio detalla otras peculiaridades de las mejoras relacionadas con su valoración económica, que no han sido objeto de impugnación ni tienen que ver con la falta de concreción y de ponderación del criterio alegado por la recurrente, por lo que no será analizadas.

Por tanto, partiendo de la descripción del criterio que establece que se valorarán las mejoras del servicio ofertadas por el licitador siempre que tales mejoras estén directamente relacionadas con el objeto del contrato, no se hallen comprendidas entre las prestaciones y obligaciones del contrato y beneficien al servicio, se procede a su análisis.

Las cuestiones planteadas en la presente alegación deben analizarse desde la perspectiva de lo establecido en el TRLCSP, así como de la jurisprudencia dictada al respecto y de la doctrina elaborada en aplicación de lo anterior tanto por éste como por otros Tribunales competentes en materia de resolución de recursos sobre contratación pública.

Al respecto, el TRLCSP regula las mejoras, además de en su artículo 150 en donde se regulan con carácter general los criterios de valoración de las ofertas, en su artículo 147 “Admisibilidad de variantes o mejoras”, en donde se establece que:

“1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en



el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

(...).”

Como se desprende del mencionado artículo 147, en el caso de las mejoras como criterio de adjudicación, además de lo previsto en el artículo 150 del TRLCSP tendrán que figurar en los pliegos y en los anuncios debiendo precisarse sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

En cuanto a la jurisprudencia y a la doctrina de los Tribunales en relación con los criterios de adjudicación, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la Sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 y la de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupolis), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero, considera que: *“es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.*

Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.



Y como bien se ha indicado en la Resolución 43/2011, de 28 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, los requisitos para que se puedan admitir las mejoras son:

- a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación.
- b) Que guarden relación con el objeto del contrato.
- c) Que deberán mencionarse en el pliego y en los anuncios.
- d) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.

Pues bien, en el presente supuesto, como se desprende de la simple lectura del criterio impugnado, las mejoras no figuran detalladas en los pliegos, ni sus requisitos, límites modalidades y características que permitan identificarlas; únicamente el PCAP expresa que se valorarán las mejoras del servicio ofertadas por el licitador, algo que parece una redundancia pues, lógicamente no se va a valorar lo que no se oferta. Asimismo, establece el citado pliego que han de estar directamente relacionadas con el objeto del contrato, exigencia ésta que nada añade al criterio pues dicha relación con el objeto del contrato es un requisito legal. Del mismo modo cuando el mencionado pliego exige que no se hallen comprendidas entre las prestaciones y obligaciones del contrato vuelve a ser redundante pues, precisamente, por definición una mejora ha de ser algo no comprendido en las prestaciones y obligaciones del contrato. Por último la exigencia de que las mejoras beneficien al servicio es una completa indeterminación pues los licitadores no saben a priori qué mejoras va a entender el órgano de contratación como beneficiosas para el servicio.

Prueba de la falta de concreción en el PCAP de las mejoras ha sido la necesidad de establecerlas por parte de la comisión técnica de valoración, quien tras un extenso razonamiento llega a la conclusión, por un lado, de que la mejora que más beneficia al objeto del contrato son las bolsas de horas para refuerzos o servicios extraordinarios, que valora de forma proporcional, esto es como si de un criterio evaluable de forma automática se tratara, y por otro lado, en un segundo grupo valora lo que denomina otras mejoras ofertadas por el licitador, como por ejemplo, el suministro de enseres



y/o mobiliario, tales como alfombras antisuciedad y contenedores de reciclaje entre otros.

En definitiva, en la definición del criterio de adjudicación “Mejoras del servicio sin coste adicional”, no se ha establecido en los pliegos ni en el anuncio de licitación sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de esas mejoras, ni por tanto los requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, por lo que el mismo no es conforme a derecho.

OCTAVO. Ahora bien, en el caso aquí examinado la recurrente solicita, a través de la impugnación de la adjudicación, la nulidad de determinadas cláusulas del PCAP, habiendo llegado este Tribunal a la conclusión de que concurre vicio de nulidad del criterio de adjudicación “Mejoras del servicio sin coste adicional”, y si bien es cierto que la nulidad como vicio más grave de invalidez puede ser apreciada no solo a instancia de parte, sino incluso de oficio en cualquier momento, en el supuesto que se enjuicia concurren varias razones que debemos analizar:

1. El vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las “Mejoras del servicio sin coste adicional”, -al no haberse establecido en los pliegos ni en el anuncio de licitación, sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de esas mejoras, ni por tanto los requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente-, era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que la recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP, ex artículo 145.1 del TRLCSP *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.



En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, ha matizado el contenido del artículo anterior cuando señala en sus apartados 52 a 58 lo siguiente:

“52 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 de garantizar la existencia de recursos frente a las infracciones de las disposiciones en materia de adjudicación de los contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos comienzan a correr únicamente a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones [véanse las sentencias Uniplex (UK), EU:C:2010:45, apartado 32, e Idrodinamica Spurgo Velox y otros, C-161/13, EU:C:2014:307, apartado 37].

53 Procede declarar que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que el hecho de que tales criterios sean incomprensibles o carezcan de claridad puede constituir una infracción de la Directiva 2004/18.

54 En el apartado 42 de la sentencia SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), el Tribunal de Justicia declaró que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma.

55 De ello se desprende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el licitador de que se trata era efectivamente incapaz de comprender los criterios de adjudicación en cuestión o si debería haberlos comprendido desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente.



56 En el marco de dicho examen, debe tenerse en cuenta el hecho de que el licitador de que se trata y los demás licitadores fueron capaces de presentar las ofertas y que el licitador de que se trata, antes de presentar su oferta, no solicitó aclaraciones al poder adjudicador.

57 Si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.

58 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato.”

En definitiva, la citada sentencia declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y de los pliegos de condiciones, siempre



que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente.

En el presente supuesto, entiende este Tribunal que un licitador, como la ahora recurrente, razonablemente informado y normalmente diligente, debería haber comprendido los criterios de adjudicación que ahora cuestiona pues fue capaz de presentar oferta y no solicitó aclaraciones al órgano de contratación o, al menos, a este Tribunal no le consta, pudiendo haber interpuesto un recurso contra los pliegos en el plazo previsto para ello si consideraba que algún criterio de adjudicación incurría en los vicios que ahora denuncia en el recurso contra la adjudicación, pues en el caso del criterio de adjudicación “Mejoras del servicio sin coste adicional”, el vicio de nulidad se evidencia de la lectura del criterio en el PCAP, por lo que un licitador diligente debió impugnarlo en el plazo de interposición del recurso contra el pliego, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citada.

2. En el supuesto examinado se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento el acto de adjudicación, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno en pro de su oferta ni en detrimento de la de la adjudicataria. Muy al contrario, la recurrente se limita a solicitar la nulidad de la adjudicación y de todo el procedimiento de licitación por haberse incurrido en un vicio de nulidad en determinados criterios de adjudicación, basando su recurso exclusivamente en demostrar que dichos criterios no se ajustan a derecho.

En este sentido, tal y como alega el órgano de contratación en su informe al recurso, gran parte de los argumentos que se exponen en el presente recurso, devienen del contenido de la Resolución 292/2015, de 31 de julio, de este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Sin embargo, el supuesto de hecho que nos ocupa -en el que se limita a solicitar únicamente la nulidad del procedimiento de contratación por falta de concreción en los pliegos de determinados criterios de valoración a aplicar y falta de reglas de ponderación de los mismos-,



difiere sustancialmente del resuelto en la mencionada resolución, en el que la entidad recurrente, además de alegar falta de concreción de los criterios de adjudicación previstos en el Pliego, impugnó de manera clara y directa la valoración concedida a la adjudicataria en el criterio objetivo ponderable de forma automática, concerniente a las horas extraordinarias, solicitando en su recurso en primer lugar, la nulidad del procedimiento por falta de concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y, subsidiariamente, la nulidad de la resolución de adjudicación en el aspecto cuestionado y la retroacción de actuaciones para que se procediera a una nueva valoración de las proposiciones conforme a lo solicitado.

3. Asimismo, la inconcreción en el PCAP del criterio de adjudicación “Mejoras del servicio, sin coste adicional”, no le ha producido ningún perjuicio ni menoscabo a la recurrente. Es más, como alega el órgano de contratación en su informe, lejos de producirse tal menoscabo, se puede constatar que dicha empresa es la que ha obtenido la mayor puntuación, con diferencia, en la valoración del citado criterio de adjudicación. En concreto, sobre un total de 20 puntos FISSA ha obtenido 17,67 puntos, la siguiente oferta mejor valorada en dicho criterio, fue la de la FERROSER SERVICIOS AUXILIARES S.A., con 12,52 puntos, es decir, más de 5 puntos -de un total de 20- por debajo de la obtenida por FISSA. Por su parte la propuesta de EXPERTUS, entidad que a la postre ha resultado adjudicataria, fue valorada en ese criterio con 9,13 puntos, lo que supone 8,54 puntos menos que FISSA en un total de 20 puntos.

Del mismo modo, y tal como asimismo alega el órgano de contratación en su informe, se puede apreciar que aunque FISSA hubiera obtenido la mayor puntuación posible en la valoración del mencionado criterio “Mejoras del servicio sin coste adicional”, esto es 20 puntos, en vez de los 17,67 puntos asignados, el resultado final de la licitación no se vería afectado, pues una vez aplicada la puntuación obtenida en el criterio de valoración relacionado con la oferta económica, obtendría una puntuación total de 82,52 puntos, frente a la de EXPERTUS, que seguiría sumando 85,13 puntos. Este hecho, significativo por sí mismo y conocido sobradamente por FISSA, adquiere aún más relevancia si se tiene en cuenta que ésta no ha cuestionado la corrección de



su puntuación, como tampoco lo ha hecho respecto de la puntuación otorgada a la empresa adjudicataria del contrato. Es más, ni siquiera ha discutido las consideraciones técnicas y jurídicas puestas de manifiesto en el informe técnico de la comisión de valoración.

Y es que, en definitiva, como puede deducirse de la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que acontece en el caso aquí examinado-, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión. En el primer caso, procede el recurso contra el PCAP para combatir la nulidad, mientras que en el segundo es posible admitir el alegato de nulidad del criterio en el recurso que se interponga contra la adjudicación.

De esta forma, en el supuesto analizado, si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación, pudiendo darse la circunstancia de que un licitador impugne un pliego, una vez concluida la licitación, por la única y caprichosa razón de no haber resultado adjudicatario. Así, en el supuesto examinado se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento el acto de adjudicación, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno en detrimento de las ofertas adjudicatarias de aquellos lotes que no le han sido adjudicados.

No en balde, el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, refiriéndose a la revisión de oficio de actos nulos y anulables, dispone que *“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.



Ello quiere decir que la Administración puede no ejercer sus facultades de revisión respecto a un acto nulo cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en el precepto. Por tanto, este Tribunal con apoyo en el precepto legal citado entiende que, en el supuesto examinado, no procede apreciar la nulidad invocada por razones de seguridad jurídica, de buena fe de aquellos licitadores que realizaron sus ofertas ateniéndose a los pliegos y de interés público, dado el tiempo transcurrido desde que el criterio debió impugnarse y no se hizo, lo que ha permitido la culminación del proceso de licitación.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 163/2015, de 5 de mayo.

Procede, pues, la desestimación de íntegra del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.A.** contra el Decreto de la Delegación General del Área de Gestión Presupuestaria y Administración Pública del Ayuntamiento de San Fernando, de 10 de septiembre de 2015, por el que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza de los centros escolares públicos de San Fernando”, (Expte. SC 12/15), promovido por dicho Ayuntamiento.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, 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 automática del procedimiento, cuyo



mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 19 de octubre de 2015.

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.

