

Expte: 2020/24917 (Plataforma HELP)

Recurso: 6/2020

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 3 de julio de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA (AEDA) contra el anuncio de licitación, la memoria justificativa y los pliegos junto con sus correspondientes anexos que rigen la contratación del **servicio de asistencia sanitaria, primeros auxilios y traslado en ambulancia, salvamento y socorrismo de las playas del T.M. Marbella 2020 – 2022**, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. -El 12 de mayo de 2020 se publicó en la plataforma de contratación del sector público anuncio de licitación del contrato relativo a servicio de asistencia sanitaria, primeros auxilios y traslado en ambulancia, salvamento y socorrismo de las playas del T.M. Marbella 2020 – 2022, mediante tramitación por procedimiento abierto, tramitación ordinaria (Expte. SE 150/20).

El valor estimado del referido contrato según el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público es de 2.626.721,69 euros.

SEGUNDO. -A la vista del importe del valor estimado del contrato, con fecha 12 de mayo de 2020 se publicó en el D.O.U.E (2020/S 092-220191) anuncio de licitación del referido contrato.

TERCERO. - En el registro electrónico de este Tribunal, la asociación recurrente a través de representante interpuesto el día 1 de junio de 2020 recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación, la memoria justificativa y los pliegos junto con sus correspondientes anexos relativos al contrato que figura en el encabezamiento de la presente resolución, solicitando a su vez medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación conforme a lo dispuesto por el artículo 49 de la LCSP, considerando que de continuarse con el procedimiento se podrían ocasionar daños de imposible o difícil reparación para los licitantes en el mismo y gravosas compensaciones para el Ayuntamiento de Marbella.

CUARTO. - Con fecha 3 de junio de 2020 este Tribunal acordó en relación al recurso especial interpuesto por AEDA, admitir a trámite dicho escrito requiriendo al servicio de contratación la remisión del expediente junto con el informe del órgano de contratación, así como pronunciamiento sobre la medida cautelar interesada por la recurrente.

Con fecha 8 de junio de 2020 se recibe en este Tribunal a través de la plataforma HELP el expediente de contratación al que viene referido el recurso especial interpuesto, si bien el informe del órgano de contratación tanto en relación a la medida cautelar interesada como en cuanto al fondo de lo solicitando por la asociación recurrente ha sido objeto de remisión con fecha 9 de junio de 2020.

A su vez dado que tal y como se ha comunicado por el órgano de contratación a este Tribunal no consta la presentación de proposición por ningún licitador en el procedimiento de licitación hasta el momento de remisión del expediente por lo que se hace innecesario sustancia el trámite para formulación de alegaciones a los restantes interesados contemplado en el art. 56.3 LCSP.

QUINTO.-Con fecha 10 de junio de 2020 este Tribunal a la vista de las pretensiones de ambas partes en lo relativo a la medida cautelar interesada, acordó la suspensión cautelar de la tramitación del expediente de contratación, incluyendo en dicha suspensión el plazo para presentación de ofertas al amparo de lo dispuesto en el art. 49.4 LCSP, así como la comunicación al órgano de contratación y notificación a la asociación recurrente practicada por la Secretaría del Tribunal el día 10 de junio de 2020.

SEXTO.- En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en lo que no se oponga a la misma por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, 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 el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

SEGUNDO. - Con carácter previo a analizar las cuestiones de fondo que se suscitan por la asociación recurrente, procede abordar la legitimación para la interposición del presente recurso especial, debiendo significarse que según dispone el artículo 48 de la LCSP:

"Podrá interponer recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

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

A su vez dado que AEDA interviene en el procedimiento como organización actuante en defensa de los intereses de sus asociados ha de atenderse a lo preceptuado en el art. 24.1 del RD 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de toma de decisiones en materia contractual, de conformidad con el cual:

"Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuesto por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados".

La peculiaridad en estos supuestos es que la actuación de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (entre otras muchas STSs, Sala de lo Contencioso – Administrativo de 26 de febrero de 2008 o de 11 de junio de 2013).

De forma que al amparo de dicha disposición los diferentes Tribunales de Recursos Contractuales vienen admitiendo la legitimación de asociaciones en defensa de los intereses colectivos (si bien ciertamente cada vez de forma más restringida), si bien a través del examen de los estatutos aportados por la asociación recurrente junto con el escrito de interposición en cuyo artículo 2 letra a) se recogen como fines de dicha asociación *“la representación, gestión, defensa de los intereses económicos, sociales, laborales y profesional de sus miembros, ante toda clase de organismos administrativos y judiciales, así como la negociación colectiva”*, puede concluirse el reconocimiento de dicha legitimación en relación al objeto del recurso, acreditando actuar a través de representante con poder suficiente.

TERCERO.- Por lo que afecta a si el recurso en cuestión ha sido interpuesto contra alguno de los actos susceptibles de recurso en ésta vía, dispone el artículo 44.2.a) de la LCSP que serán objeto de recurso especial en materia de contratación *“Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*, hallándose el contrato objeto de licitación incluido entre los previstos en el artículo 44.1 letra a) de la referida LCSP.

CUARTO. - En lo que atañe a la interposición del recurso dentro o no del plazo legalmente establecido señala el art. 50 LCSP que el recurso se iniciaría mediante escrito que habrá de presentarse en el plazo de quince días hábiles, el cual se computará:

“a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil del contratante.

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)”

Teniendo en cuenta las previsiones anteriores, así como al hecho de que la publicación del anuncio de licitación junto con los pliegos que rigen la misma, se ha llevado a cabo a través del perfil del contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 12 de mayo de 2020, puede concluirse que el recurso interpuesto por AEDA ha sido presentado dentro del plazo legalmente establecido que concluía el día 2 de junio de 2020.

QUINTO. -En lo que se refiere al fondo del asunto la asociación recurrente sustenta su impugnación en tres aspectos principales que serán objeto de análisis y respuesta de forma sistemática siguiente la propia estructura del escrito presentado.

En primer lugar considera la asociación recurrente que el pliego de condiciones económico administrativas incumple determinados aspectos relacionados con los criterios de adjudicación infringiendo el art. 145 LCSP, considerando que el pliego vulnera dicho precepto al establecer los criterios objetivos sin fijar un límite máximo que permita al licitador conocer cuál es la oferta máxima que debe presentar para obtener la totalidad de los puntos fijados para este criterio, sustentando su pretensión en diversas resoluciones del TARJA y TARC Central, concluyendo a su juicio que tales criterios podrían dar lugar a que la oferta no se adjudique a la oferta más ventajosa económicamente.

Frente a dicha alegación se opone el órgano de contratación que tras un exhaustivo alegato viene a concluir que al igual que algunas resoluciones de tribunales contractuales interpretan que las mejoras deben tener los límites que afirma la recurrente AEDA, dicho criterio no es incompatible con otros informes de Juntas Consultivas y resoluciones contractuales, que no tienen inconveniente en aplicar a las mejoras establecidas como criterios de valoración que pudieran resultar desproporcionadas, la regulación del artículo 149.2 LCSP y del artículo 85 RLCAP.

Por lo que en caso de entender la Mesa de Contratación que las ofertas realizadas sobre las mejoras incurren en baja temeraria, en virtud de lo expresamente recogido en la cláusula 35 PCAP se podrá determinar si las mismas son desproporcionadas conforme a lo previsto en los dos citados preceptos, para lo cual podrán pedir información al licitador para asegurarse que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir con lo estipulado en el contrato.

No puede afirmarse como realiza AEDA en el último párrafo del motivo primero, que una excesiva bolsa de horas de socorrista, un número descomunal de días de ambulancia o un número desproporcionado de sillas anfibia, no tiene que ver con la realidad y necesidad del servicio. Todo lo contrario, una mayor oferta en dichas mejoras redundaría de forma directa en el servicio público, puesto que no se puede negar que la afluencia de bañistas a las playas de un pueblo turístico es una realidad innegable en la que cualquier cobertura que se dé es poca. Con independencia de los límites establecidos para determinar las ofertas como temerarias.

A efectos de resolver la cuestión que es objeto de controversia en este apartado hemos de partir de lo establecido en el art. 145.7 LCSP de conformidad con el cual:

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

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

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

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

A tal efecto en lo que concierne a la interpretación del art. 145.7 LCSP señala la **Resolución nº 591/2019 del TARC Central** (cuyo criterio en cuanto a la interpretación de dicho precepto legal es compartido por la Resolución nº 106/2020 TARCJA que se esgrime por la recurrente) que:

“Para resolver esta cuestión debemos atender a la interpretación que deba hacerse del artículo 145.7 LCSP cuando define las mejoras a efectos de la exigencia de los requisitos que establece la Ley como –prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto de contrato”.

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

a) Todas las adicionales que excedan de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria.

b) Solamente aquellas prestaciones adicionales no definidas en los pliegos.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de estudiar estas cuestiones con anterioridad, por todas, resolución número 20/2019, de 11 de enero de 2019, habiéndose decantado por la segunda interpretación propuesta, dado que el referido precepto después de fijar la definición, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar la naturaleza de las prestaciones establecidas en el PPT, ni el objeto del contrato. Es evidente que las prestaciones ofrecidas, no obligatorias, que mejoren las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto del contrato. Por lo que parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 LCSP son las prestaciones adicionales y distintas a las definidas en el contrato”.

No obstante, resulta ciertamente chocante que la meritada Resolución nº 106/2020 TARCJA que se esgrime por la recurrente, tras reproducir y compartir la interpretación del TARC Central anteriormente referenciada llega a una solución diametralmente opuesta, obviando como continúa señalando la meritada **Resolución nº 591/2019 del TARC Central** que:

“Los subcriterios que hemos señalado aparecen claramente relacionados con el objeto del contrato, por lo que no estaríamos en presencia de una de las mejoras a las que se refiere el artículo 145.7 LCSP. No siendo pues aplicable el requisito relativo al establecimiento de límites, debiendo resolverse este motivo en sentido desestimatorio, tal y como resulta de la resolución de este Tribunal 619/2017 (Recurso 446/2017):

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

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

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

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

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

De forma que en consonancia con la doctrina del TARC Central en cuanto a la interpretación del art. 145.7 LCSP hemos de concluir que las “mejoras de ampliación del servicio” contempladas como criterio de adjudicación referidas a la valoración de un mayor número de días adicionales de servicio o de horas adicionales de socorrista son prestaciones adicionales a las previstas como obligatorias por lo que en tal sentido no se incumplen la normativa, ni los principios de la contratación pública.

Por la misma razón a sensu contrario ha de estimarse parcialmente el recurso en lo relativo a las “mejoras de ampliación del servicio” como criterio de adjudicación referidas a la oferta de un mayor número de horas de sillas anfibia homologadas, que han de considerarse una prestación adicional y distinta o no prevista en los pliegos, siéndole por tanto de aplicación lo dispuesto en art. 145.7 LCSP en cuanto a la obligatoriedad de establecer “límites”, y en consecuencia deber ser anulada en los términos en que se encuentra formulada.

SEXTO.-En segundo lugar considera la asociación recurrente que en la determinación del presupuesto base de licitación se infringen los artículos 100 y 102.3 LCSP, pues el estudio económico en el que se pasa el pliego de cláusulas administrativas particulares para determinar el precio del contrato no contempla para los años sucesivos los aumentos salariales que con toda certeza van a producirse, y que como se expuso anteriormente afectarán a más del 90% de la plantilla actual para la cual el estudio económico ha tomado como base el SMI, fundando su pretensión en los dictámenes de la JCCPE nº 29/19 y 35/19.

Frente a dicha pretensión se opone el órgano de contratación considerando que la LCSP no exige el establecimiento de revisión periódica y predeterminada para el presente contrato dado que no nos encontramos ante un contrato período de recuperación de la inversión realizada (la cual es mínima) de duración igual o superior a 5 años, puesto que el plazo de ejecución del servicio de socorrismo recurrido es de 3 años más la posibilidad de un año más de prórroga, no superando en todo caso los 4 años.

A ello añade que de acuerdo con el art. 197 LCSP, los contratos se tienen que ejecutar a riesgo y ventura de los contratistas, si bien existen varias excepciones a dicho principio reitera que en el presente contrato no resulta obligatoria la revisión de precios, sustentando su posición en el informe de la JCCA de Cataluña de 11 de noviembre de 2019, que considera que los incrementos salariales no pueden considerarse una circunstancia imprevisible, debiendo ser previstos por los contratistas en el momento de presentar sus ofertas.

A la hora de resolver la cuestión que se somete a nuestra consideración, como es sabido la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, presta especial atención a los aspectos relacionados con el cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones derivadas de la normativa laboral vigente, si bien en lo que aquí atañe hemos de atender de un lado a lo dispuesto en el art. 100.2 LCSP, el cual establece que en el momento de elaborar el presupuesto base de licitación:

“Los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios de mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.

En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas, para su ejecución, formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

Entre otras previsiones añade en la cuestión que nos atañe, el art. 102.3 LCSP que:

“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación, y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deben considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.

De forma que, a tenor de las alegaciones de sendas partes, así como atendiendo a la documentación del expediente de contratación resulta un hecho indiscutido que nos encontramos frente a un contrato en el que el coste de los salarios forma parte del precio siendo los mismos su principal coste económico.

Así comienza la recurrente señalando en cuanto a este motivo de alegación que el precio del contrato *“no contempla para los años sucesivos los aumentos salariales que con toda certeza van a producirse”*, lo cual a nuestro juicio indica un juicio de prospectiva que tiene difícil cabida en el entorno económico actual como consecuencia de la crisis del COVID – 19; si bien más allá de tal consideración, a los efectos que nos ocupan resultan de suma importancia las **recomendaciones de la JCCPE de 10 de diciembre de 2018**, que en lo que aquí interesa, señala que:

“...Que ni en el caso de que el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato ni en el caso de que sea un coste relevante, la variación de tales costes como consecuencia de la negociación de nuevo convenio colectivo aplicable justifica la modificación del contrato (...)

En este tipo de contratos no cabe con carácter general la revisión de precios ni tampoco la modificación no prevista del contrato a instancia del contratista. También hemos sentado que el incremento de los costes de la mano de obra derivados del convenio colectivo forma parte del alea normal del contrato y es un riesgo propio de la ejecución del mismo, riesgo que el contratista debe soportar.

Por tanto, en estos supuestos no parece que sea el órgano de contratación el que deba adoptar medidas para paliar un incremento de los costes laborales porque el cálculo de los parámetros económicos del contrato no puede hacerse sobre la base de una hipotética negociación colectiva.

Otra cosa es que los licitadores puedan tener en cuenta un escenario de incremento previsible para formular sus proposiciones y que, de este modo, incluso en el caso de un incremento del coste de la mano de obra la económica del contrato no se vea alterada”.

Junto a tales premisas, resulta de sumo interés traer a colación la **Resolución nº 150/2019 TARCJA** que en relación a una cuestión similar a la que aquí se suscita señala que

“Así pues, la pretensión de la recurrente de que se tengan en cuenta en el presupuesto base de licitación los incrementos salariales para los años 2019 a 2021, no es posible por no permitirlo el propio convenio colectivo de aplicación que dispone al efecto que para que opere anualmente en el mes de enero la cláusula de revisión salarial automática, en la misma cuantía que el índice de precios al consumo real del año anterior, es necesario que el producto interior bruto de la economía española publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo público o privado que haga sus veces, haya experimentado un incremento anual superior al 2 por 100, circunstancias que para el año 2019 y posteriores no es posible conocerlas durante el año 2018 en que se elabora el presupuesto base de licitación que se examina, sin que sea posible entender cumplidas dichas exigencias contenidas en el convenio colectivo de aplicación

por una previsión realizada en fecha anterior por una entidad que no es la competente para ello.

En definitiva, no es posible admitir el presente alegato de la recurrente, por un lado, por impedirlo como se ha expuesto el propio convenio colectivo de aplicación, y por otro lado, porque la adecuación a los precios del mercado del presupuesto base de licitación lo ha de ser en el momento de su elaboración (artículo 100.2 de la LCSP), esto es en el supuesto examinado con las tablas salariales del año 2018”.

De conformidad con lo anterior debe tenerse en cuenta que los convenios colectivos que se tienen en cuenta por el órgano de contratación y cuya aplicación no se cuestiona por la recurrente, tienen un ámbito temporal que no va más allá del año (2020) en que se fija por el órgano de contratación el presupuesto base licitación como es el IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios cuya vigencia se extiende hasta el 31 de diciembre de 2019, pudiendo prorrogarse por período anual, así como el Convenio colectivo para las empresas y trabajadores/as de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia con finalización de vigencia a 31 de diciembre de 2012, si bien con prórroga automática en tanto no se sustituya por otro.

Junto a lo anterior, resulta sumamente elocuente la **Resolución nº 46/2020TARCYL**, que en aplicación de la doctrina consultiva que se esgrime por el órgano de contratación viene a señalar que:

“...la diferencia o discrepancia existente entre los gastos de personal calculados por el órgano de contratación y los que realmente tendrá que abonar el adjudicatario se dará siempre que se actualice el SMI durante la vigencia del contrato (pues tiene carácter plurianual), luego los licitados en el momento de diseñar sus ofertas han de tener en cuenta esta eventualidad dado que, en todo caso, deben cumplir la normativa laboral por disposición expresa de la LCSP y de los pliegos que rigen la licitación.

Así, el artículo 122.2 de la norma precitada establece la necesaria inclusión en los pliegos de la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio sectorial de aplicación (...)

Por lo tanto, en el momento de la preparación y la licitación del contrato, los eventuales aumentos de costes salariales que puedan resultar de futuros convenios colectivos que se encuentran en una fase incipiente de negociación o de la fijación de un nuevo SMI por encima del determinado en los convenios colectivos vigentes, se incluyen dentro del riesgo propio de la ejecución de los contratos que corresponde soportar al adjudicatario, que debe tener en cuenta también este posible incremento de los costes durante la ejecución del contrato a la hora de presentar su oferta.”

Como colofón con mayor similitud si cabe al supuesto que nos ocupa, hemos de acudir a la reciente **resolución nº 578/2020 TARC Central**:

“Un nuevo motivo de impugnación, aunque también relacionado con los costes salariales calculados para elaborar el Presupuesto base de licitación, es la falta de previsión de la subida salarial en todos los años a los que puede extenderse la duración del contrato.

En realidad, y aunque no impugna el apartado 21 del cuadro resumen del PCAP ni la cláusula 23 del PCAP (que descartan motivadamente la revisión de precios) está interesando una revisión de precios de forma indirecta a través de los posibles incrementos de mano de obra, coste que es relevante en el servicio a contratar.

*En efecto, partiendo del hecho de la duración máxima del contrato de servicios, que conforme al PCAP es de tres años susceptible de ser prorrogado un año más, se alega que los costes laborales se han calculado exclusivamente para el año 2020 a pesar de que se reconoce que el Convenio colectivo del sector de la jardinería (Resolución de 25 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo) finaliza el 31 de diciembre de 2020, por lo que no contiene, ni puede contener, *ratione temporis* incrementos para años sucesivos.”*

Por tanto, bajo el mismo argumento que se seguidamente se transcribe de la meritada resolución que entendemos plenamente extrapolable al supuesto que nos ocupa, **el motivo debe ser desestimado**:

“Como consecuencia de la previsión contenida en el art 103 de la LCSP según el cual: “Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad del uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto”.

Pues bien ha de concluirse que el órgano de contratación ha elaborado el presupuesto de licitación atendiendo a todos los costes salariales conocidos en el momento de publicación del pliego, incluyendo la subida salarial prevista en el convenio, hasta donde se puede conocer, sin que le sea exigible computar otras subidas que no se pueden conocer ni tampoco permitir por otra vía su repercusión en el precio del contrato como podría ser por medio de la revisión de precios, por ser contrario al art. 103 de la LCSP, atendiendo a las circunstancias de duración máxima del contrato”.

A ello ha de añadirse que pese al error en que incurre el órgano de contratación en el escrito de oposición al recurso especial interpuesto en el que alude a una duración de 3 años más uno de prórroga, ha de precisarse que de acuerdo con la documentación obrante en el expediente de contratación tramitado que si bien el mismo viene referido a 5 ejercicios presupuestarios (incluidas los dos posibles años de prórroga), no siendo de aplicación la revisión periódica y predeterminada prevista en el art. 103.2 LCSP, así como su normativa de desarrollo por ser la duración del contrato que nos ocupa inferior a 5 años.

SÉPTIMO. -Como última alegación indica la recurrente que existe indeterminación en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, considerando que se incurre en falta de descripción de lo que va a valorarse como “calidad y eficacia” y una ausencia de ponderación al no existir una escala de valores que otorgue una puntuación objetiva, además de no indicar si todas las ofertas que reúnan los requisitos que se piden obtendrán la totalidad de los puntos.

A ello añade la consideración de que se incumple la exigencia del art. 145 in fine de la LCSP cuando establece que *“los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148”*.

Frente a dicha alegación se opone el órgano de contratación considerando que los criterios de adjudicación basados en juicio de valor que se incluyen en el pliego de cláusulas administrativas particulares cumplen con los requisitos exigidos por la doctrina contractual en relación a los mismos, fijándose los mismos con suficiente grado de concreción, a lo que añade que no se puede valorar económicamente el importe de la inversión adicional porque en caso contrario se recurriría dicho criterio por ser de carácter objetivo siendo susceptible de valoración mediante fórmulas.

En lo que se refiere a los parámetros a los que han de ajustarse los criterios de adjudicación basados en un juicio de valor, dada dicha naturaleza del criterio que aquí se discute, hemos de traer a colación entre la **Resolución 89/2019, de 21 de marzo, TARCJA:**

“En este sentido, 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. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que proceda asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites de la discrecionalidad técnica.”

Y en igual sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su **resolución nº 170/2018, de 23 de febrero de 2018**, recogiendo su doctrina en esta materia señala que:

“a) Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el pliego, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse e principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (resoluciones nº 102/2013, 263/2011).

b) En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta.

Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicio de valor la descripción será necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas (resolución nº 923/2014).

c) Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (resolución 301/2012) (...).”

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática (...).”

De forma que una vez señaladas las pautas generales a las que han de sujetarse los criterios basados en juicio de valor, se hace preciso analizar si en el presente supuesto, se infringen las mismas tal como denuncia la recurrente, o bien se ajustan a los mismos tal y como defiende el órgano de contratación.

A tal efecto hemos de señalar que si bien la resolución que se esgrime por la recurrente, concluye que existe indeterminación de los criterios de adjudicación basados en juicio de valor del supuesto que analiza, también lo es que la recurrente establece una amplia argumentación que ofrece el Tribunal unas pautas bajo las que enjuiciar la generalidad que se denuncia (y cuya carga de la prueba incumbe al recurrente hemos de recordar) lo que no ocurre en nuestro caso, a lo que se añade que en el caso que se analiza en dicha resolución se indica como elemento decisivo para adoptar la decisión lo siguiente:

“Queda claro, pues, que todo criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor debe precisar los aspectos evaluables y las pautas de ponderación de los mismos, más aún si la puntuación asignada a aquellos, como sucede en este caso es elevada. Se trata, en definitiva, de conciliar la discrecionalidad técnica en la valoración de las proposiciones con el conocimiento por parte de los licitadores, a la hora de preparar sus ofertas, de qué elementos se tomarán en consideración y cómo se ponderarán”.

Por tanto, como se desprende de tal conclusión el TARCJA parece requerir un plus de precisión cuando la puntuación a asignar mediante criterios de adjudicación basada en juicio de valor es elevada, por no decir decisiva en la adjudicación (en el supuesto que analiza es 65 puntos), supuesto que no se da en el criterio que aquí se cuestiona dado que las mejoras de calidad del servicio pueden alcanzar un máximo de 20 puntos (sobre 110), a su vez desgрана en 2 criterios relativos a prevención y gestión y calidad medioambiental.

Ello obviamente no implica que todo criterio juicio basado en un juicio de valor no deba cumplir los parámetros básicos que indica la doctrina contractual, pero tampoco un nivel de desglose que implique un círculo vicioso en la descripción de cada subcriterio o una regla general que exija en todo caso los contenidos en cada criterio y subcriterio, sino que lo que se exige es que lo que va a ser objeto de valoración esté suficientemente concretado, y en caso de que el órgano de contratación se exceda en la valoración de tal criterio, tienen la posibilidad las licitadoras que se consideren perjudicadas de interponer o ejercitar las correspondientes acciones, sin que en todo caso puede llevarse a cabo un ejercicio de prospectiva de que dicha situación va a producirse en todo caso, como se deduce del escrito de la recurrente.

En tal sentido resulta sumamente ilustrativa la **Resolución nº 22/2018 TARC Central**, que recogiendo su doctrina ya asentada hemos de reproducir aquí por considerarla de aplicación al supuesto que nos ocupa:

“Citábamos, asimismo, esta doctrina en la Resolución 389/2014, de 19 de mayo, donde añadíamos que:

Se trata de dos supuestos de hecho diferentes, de ahí que en principio parezca que en la sentencia de 24 de enero de 2008 el Tribunal de Justicia adopta una doctrina más restrictiva pero en realidad no lo haga, al dejar expresamente a salvo la doctrina de la sentencia de 24 de noviembre de 2005, referida a un supuesto en el que los Pliegos recogían con un mayor grado de detalle las pautas (los criterios de valoración y su ponderación, y los subcriterios de aquéllos) aplicables para decidir la adjudicación.

En este último supuesto, se insiste, el TJUE admite con ciertas condiciones que la Mesa de contratación efectúe a posteriori un reparto de los puntos asignados a cada subcriterio, esto es, que fije a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previstos en los Pliegos.

Pues bien, en el supuesto que se examina, y a la vista de los documentos incorporados al expediente, el Tribunal constata que el PCAP aplicable a la licitación contiene, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, una enumeración detallada de los criterios de adjudicación y de la ponderación asignada a los mismos, así como una relación de los subcriterios de valoración y de sus correspondientes coeficientes de ponderación.

De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador (...)

En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalles, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con la que la descripción del criterio sea la suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas.

(...) Exigir que se ponderen todos y cada uno de los aspectos que se contienen en la descripción de cada criterio nos llevaría a un círculo vicioso pues cada subcriterio a su vez habrá de contener también su descripción, la cual contendrá a su vez una relación de distintos aspectos que serán tenidos en cuenta y que deberán ser entonces objeto a su vez de ponderación.

No cabe, por ello, establecer una regla general que exija siempre y en todo caso establecer la ponderación de todos y cada uno de los aspectos contenidos en cada

criterio y subcriterio, sino que lo que ha de exigirse es que lo va a ser objeto de valoración esté suficientemente concretado.

Indudablemente, el órgano de contratación cuando efectúe la correspondiente valoración habrá de motivar adecuadamente la otorgada a cada licitador y en ese momento habrá de revisarse si se han cumplido los requisitos exigidos por la jurisprudencia antes señalada: que no modifiquen criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones; que no contengan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Por tanto, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno de los aspectos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la oferta no se considera por sí sola, motivo suficiente para anular el pliego en este punto

No obstante, lo anterior, el hecho de que se admitan como legales criterios y subcriterios susceptibles de diversas interpretaciones no supone reconocer en el órgano de contratación una plena discrecionalidad en la valoración. Muy al contrario, de la aplicación correcta o incorrecta de estos criterios podrá derivarse la posibilidad de que el Tribunal, en el caso de que la adjudicación llegara ser impugnada, declare que se ajusta o no la Ley y al contenido de los pliegos.

De todo ello extraemos como conclusión que la valoración de los criterios de adjudicación en los que no se hubiera de atener a la aplicación de fórmulas, la discrecionalidad del órgano de contratación para valorar se encuentra limitada entre otras por la necesidad de sujetarse para ello al contenido y naturaleza del propio criterio de adjudicación. Significa ello que no es posible para proceder a la valoración tomar en consideración elementos de juicio que no pueden ser subsumidos bajo la formulación genérica del criterio”.

De forma que, en consonancia con la doctrina y razones expresadas, dicha alegación ha de ser objeto de desestimación.

Resta por último analizar si bien de forma somera la infracción del art. 145.2 LCSP in fine que se alega por la recurrente, al considerar que los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionados con los costes, aspecto en el que coincidimos con lo expuesto por el órgano de contratación, dado que existe confusión por parte de la recurrente que identifica los criterios cualitativos con los criterios basados en juicios de valor, siendo que el párrafo que se denuncia infringido consideramos viene referido por su propia redacción a aquellos criterios cualitativos cuya valoración está sujeta a fórmula, por lo que dicho motivo ha de ser igualmente objeto de desestimación.

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. -Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA (AEDA) anulando el criterio de adjudicación relativo a “mejoras del servicio” referidas a la oferta de un mayor número de sillas anfibia homologadas, por infracción del art. 145.7 LCSP, con retroacción de actuaciones al momento anterior de redacción de los pliegos debiendo estarse en su caso a lo dispuesto en el art. 122 LCSP que en relación a los PCAP establece que *“antes de su adjudicación, (...) sólo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”*.

SEGUNDO. -Levantar la suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal como medida cautelar en consonancia con lo dispuesto en el art. 57 LCSP.

TERCERO. - 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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. - Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento, así como su comunicación al órgano de contratación.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.