RE 121/2019

Acuerdo 140/2019, de 2 de diciembre de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la "ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS", frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Servicio de gestión del estadio de atletismo "Corona de Aragón"», promovido por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de octubre de 2019 tuvo lugar la publicación, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Perfil del contratante del Gobierno de Aragón, del anuncio de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo.

Se trata de un contrato de servicios licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 614 852,82 euros, IVA excluido.

En el anuncio se indica que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el 18 de octubre de 2019.

Segundo.- El día 16 de octubre de 2019 fue interpuesto, ante el Registro electrónico del órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación por don J.M.H.A., en nombre y representación de la "ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS", frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Servicio de gestión del estadio de atletismo "Corona de

Aragón”», promovido por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

El recurso aduce –en síntesis– que los pliegos que rigen el contrato establecen dos criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior que vulneran lo establecido en los artículos 1, 132 y 145.5.b) y c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), por lo que procede declarar la nulidad del procedimiento de licitación. Igualmente se solicita –con carácter cautelar– la suspensión del procedimiento licitatorio.

Tercero.- Con fecha 21 de octubre de 2019, fue remitido a este Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, el escrito de recurso recibido, el expediente completo y el informe del órgano gestor del expediente. En el mencionado informe, el órgano de contratación se opone, tanto a los argumentos del recurso, como a la suspensión del procedimiento de licitación.

Cuarto.- A la convocatoria de la licitación han concurrido dos licitadores según el detalle que obra en el expediente administrativo, de tal forma que con fecha 25 de octubre de 2019 se ha llevado a cabo el preceptivo trámite de alegaciones establecido en el artículo 56.3 de la LCSP. Una vez concluido el plazo, no se han recibido alegaciones.

Quinto.**-** Mediante Resolución 27/2019, de 29 de octubre, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP, se decidió la suspensión –con carácter cautelar– del procedimiento de licitación, a la vista de que el recurso afecta directamente a condiciones esenciales del contrato, en aras de atender a la salvaguardia del interés general, así como de garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita la legitimación de "ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS", para interponer el presente recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, cuyo segundo párrafo *in fine* señala que: «*(e)n todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados*»; todo ello, además, desde la perspectiva de que la recurrente –por medio del recurso– actúa en defensa de los intereses de sus asociados de conformidad con sus estatutos.

También queda acreditado, y sin perjuicio de lo que se expondrá en el Fundamento siguiente, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de aprobación de los pliegos, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.a) de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso se ha interpuesto en tiempo.

SEGUNDO.- Respecto a la forma, y antes de cualquier otra consideración, a la vista del *petitum* planteado por la recurrente en su escrito de fecha 16 de

octubre de 2019, procede detenerse en la calificación que aquélla otorga a éste.

De un lado, en tanto que solicitud dirigida al órgano de contratación interesando la rectificación del pliego que se discute, así como, en caso de ser acogida esta pretensión, se proceda a anular el procedimiento de licitación o subsidiariamente se proceda a ampliar el plazo de presentación de ofertas; y, de otro, la consideración del mismo escrito –propiamente– como un recurso especial en materia de contratación, con carácter subsidiario, a resultas de que la pretensión principal no sea acogida.

Sentado lo anterior, en primer lugar cabe señalar que pretensión principal –que consiste en la rectificación, por parte del órgano de contratación, de las deficiencias advertidas, con apertura de nuevo plazo– no resultaría atendible dado que se fundamenta, tal y como se desprende del Antecedente de Hecho segundo, en cuestiones de calado que –de concurrir– no hallarían encaje alguno en la figura del error material, de hecho o aritmético, en cuyo caso, su rectificación sí sería posible *ex* artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC); todo ello según ha tenido ocasión de analizar, detenidamente, este Tribunal en su Acuerdo 118/2018, de 30 de noviembre, a propósito del error material, de hecho o aritmético.

Pues bien, resulta aquí trasladable lo que señalamos en nuestro Acuerdo 6/2019, de 18 de enero:

«*A raíz de lo anterior, se suscita la cuestión de si el escrito de referencia constituye –en puridad– un recurso especial en materia de contratación o, si lo que se califica como `ad cautelam´, es un mecanismo impugnatorio cuya resolución incumbe a este Tribunal.*

El Capítulo V del Título I del Libro primero de la LCSP regula el "recurso especial en materia de contratación", desarrollando en sus artículos 44 y

siguientes –por este orden– los actos susceptibles de recurso, el órgano competente para su resolución, la legitimación, medidas cautelares y procedimiento para su interposición, resolución y efectos.

De esa regulación descuella el artículo 57.2 de la LCSP que, al respecto, preceptúa lo siguiente: "La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación".

El recurso especial en materia de contratación se configura, de esta manera, como un recurso administrativo específico ratione materiae, cuya base legal radica –dentro de la normativa básica sobre procedimiento administrativo común– en el artículo 112.2 de la LPAC: "Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo".

En consecuencia, el recurso especial en materia de contratación constituye –en sentido legal– un "procedimiento de impugnación" o, lo que es lo mismo, una vía para reaccionar, a instancia de parte, contra un acto administrativo a fin de privarle de efectos. Se trata, en definitiva, de un mecanismo impugnatorio, de reclamación o de revisión, en cuya virtud el interesado insta a la Administración para que un acto administrativo resulte ineficaz, porque el mismo adolece de una causa de invalidez (nulidad de pleno Derecho o anulabilidad). En otras palabras, su finalidad es eliminar del plano jurídico todo acto que contraviene el ordenamiento jurídico de modo relevante.

En presente caso, el escrito de 22 de septiembre de 2018 dirige una solicitud al órgano de contratación y, subsidiariamente a este Tribunal (`ad cautelam´, cuando tal precaución está –por lo ya expuesto– fuera de lugar), bajo la rúbrica de "recurso especial". Habida cuenta de que tal solicitud persigue "anular y dejar sin efecto" las cláusulas discutidas del PCAPE y del PPT (que se extractan en el Antecedente de Hecho segundo), al amparo de lo establecido en el artículo 115.2 de la LPAC, no cabe sino considerar tal escrito como un mecanismo reaccional frente a aquéllos presentado ante el mismo órgano de contratación en virtud de la posibilidad que contempla expresamente el artículo 51.3 de la LCSP, eliminando así cualquier impedimento para su admisión».

Procede por tanto considerar que estamos ante un recurso especial, presentado en forma, por lo que procede su admisión.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y en cuanto a la argumentación sobre el fondo del recurso, la recurrente manifiesta su disconformidad con dos de los criterios recogidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), en su Anexo XII «*Criterios de adjudicación objetivos sujetos a evaluación posterior (Sobre tres)*», que concretamente establece:

1. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN		***FÓRMULA***	***PONDERACIÓN***
2	*CRITERIO: Realización de trabajos de mantenimiento correctivo necesarios para la instalación durante el periodo de ejecución del contrato previa indicación por la Dirección General de Deporte de conformidad con el punto 3.2. del PPT.* *Se otorgará máxima puntuación al licitador que oferte un mayor importe de trabajos de mantenimiento antes del IVA y al resto proporcionalmente de acuerdo con la siguiente fórmula.* *Por la oferta de trabajos de importe inferior a 1.000 € antes de IVA, no se obtendrá ningún punto por este criterio.* *DOCUMENTACIÓN: Documento suscrito por el licitador en el que se comprometa a la realización de trabajos de mantenimiento correctivo e importe ofertado según modelo de anexo VIII de este pliego*	***P=10x (OL-1000/Omax-1000)*** *P: Puntuación que recibe la oferta objeto de valoración* *OL: Oferta presentada* *Omax: Oferta que presente un mayor importe de trabajos de mantenimiento correctivo*	***Hasta 10 puntos***
3	*CRITERIO: Ampliación del horario de apertura del centro indicado en el Pliego de Prescripciones Técnicas en el punto 1 (número adicional de horas durante el contrato, sin coste para la Administración).* *A la oferta con mayor número de horas de ampliación del periodo de apertura se le otorgará la máxima puntuación y al resto proporcionalmente de acuerdo con la siguiente fórmula:* *DOCUMENTACIÓN: Documento suscrito por el licitador en el que se comprometa a una ampliación del horario de apertura en un número adicional de horas durante el contrato según modelo anexo VIII de este pliego.*	***P= 10x (Bhoras /Bmhoras)*** *P: Puntuación máxima que recibe la oferta mejor de valorada* *B: Oferta de horas de ampliación valorada* *Bm: Oferta que presente una mayor ampliación de horas de apertura*	***Hasta 10 puntos***

En relación al criterio 3, la cláusula 1ª del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) –relativa al objeto del contrato– prevé:

«*El horario de apertura ordinario del estadio abarca de lunes a viernes de 10:00 a 13:00 horas y de 18:00 a 22:00 horas, y los sábados de 11:00 a 14:00 horas. Existirá una bolsa de 120 horas de apertura de la instalación incluidas en el precio del contrato, que serán ejecutadas fuera del horario de apertura ordinario.*

No obstante, el licitador podrá ofertar horas de ampliación, que se aplicarán preferentemente, a aquella jornada que se deba extender por competiciones oficiales, teniendo en cuenta que sus celebraciones son en sábado y domingo.

Se deberá presentar justificante de las horas que se realicen cada mes, y en las que se incluirán horas ordinarias, las realizadas de las comprendidas en la bolsa de 120 horas incluidas en contrato, así como las que se pudiesen ofertar como ampliables».

De esta manera, al no fijarse un límite a las concretas mejoras a ofertar en los criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior y recién extractados, se produce –a juicio de la Asociación actora– una vulneración de los artículos 1, 132 y 145 apartado 7º de la LCSP.

Sostiene así dicha Asociación en su escrito de recurso: «*Como cabe constatarse de los criterios anteriormente referidos, mejoras, (mayor importe ofertado en aumento de trabajos de mantenimiento correctivo por encima de 1.000,00.-€ (iva excl.) y mayor número de horas ofertadas de ampliación del periodo de apertura), si bien se establece la puntuación máxima a otorgarse a cada uno de ellos así como la fórmula a utilizarse para determinar la puntuación a otorgarse, los mismos (mejoras) no quedan acotados ni topados en lo atinente al aumento del importe y horas de ampliación a ofertarse; es decir, no se limitaría ni en la totalidad de las mejoras en su conjunto ni tampoco en cada una de las actuaciones que contiene cada una de ellas, existiendo una evidente y constatable falta de concreción y detalle.*

Es decir; no se pone límite total a cada una de las mejoras denunciadas, dejándose ello abierto a consideración del Órgano de Contratación.

Dicha falta de concreción, transparencia y objetividad en la redacción en orden a que los Criterios (mejoras) sean convenientemente conocidos y posteriormente evaluados en condiciones de competencia efectiva, vulnera además de los Principios rectores de la contratación administrativa dispuestos

en los Artículos 1 y 132 de la LCSP, los epígrafes b) y c) del Apartado 5 del Artículo 145 ("Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato") de meritada Ley, los cuales disponen (…) Los criterios denunciados, además de discriminatorios, no garantizarían la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva, en tanto en cuanto no se ha procedido a determinar con precisión (o al menos suficiencia), los límites de las mejoras pretendidas en su conjunto (límite total). Ello se considera que carece de rigor, motivación y podría dar lugar a subjetividad.

Los Referidos Criterios, carecen de la necesaria determinación, concreción y adolecen de suficiente especificación y detalle del método de valoración que se aplicará para la determinación de la puntuación con base en el "mayor importe/ mayor número de horas" ofrecido. Se indica la máxima puntuación que cabrá otorgarse y la regla que se utilizará para la ponderación, pero no se limita ni se determina el "mayor importe/mayor número de horas" a ofrecerse por los licitadores, sin poner límite, por lo tanto, a las mejoras. No se da debida justificación de ello.

Dicha falta de debida determinación y concreción supone un claro incumplimiento de los requisitos para la valoración de las proposiciones establecidos en el Artículo anteriormente referido, y la normativa europea de aplicación; e incurre en la vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia que rigen la contratación pública por mandato de los Artículos 1 y 132 de la LCSP.

(…)

De acuerdo con lo establecido en la normativa de contratación aplicable, la actuación de la Administración debe velar por el cumplimento del trato igualitario y no discriminatorio de los licitadores, así como la salvaguarda de la libre competencia, principios que conllevan especificar claramente las reglas para la adjudicación de la licitación.

La actual redacción dada a los Criterios denunciados, no define ni delimita de forma clara las cuestiones que habrán de valorarse; y por tanto, no se proporciona a los licitadores la información necesaria y suficiente para que estos conozcan de antemano la manera en que se procederá a la valoración de sus propuestas, en orden a que se pueda evaluar el alcance y contenido de la contratación a la que se licita y así poder realizar una oferta ajustada a las necesidades del servicio y del propio licitador. No se concreta (topa) el número máximo de actuaciones/horas que recoge cada uno de los Criterios (mejoras) denunciados.

Esta redacción genérica e imprecisa supone una evidente inseguridad para los licitadores que quieran concurrir a la referida licitación; ya que no pueden discernir razonablemente qué criterios seguirá el Órgano de Contratación para valorar las proposiciones, decidir por la mejor y ponderar en relación a ésta.

La doctrina es unánime al considerar que es necesario que los Pliegos definan y ponderen con la suficiente precisión, los Criterios de adjudicación, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos o imprecisos que dejen plena libertad a los técnicos y al Órgano de Contratación a la hora de su concreción en el proceso de valoración de ofertas.

Los citados principios rectores de la licitación administrativa exigen, que se describan los Criterios con detalle, y que se determinen las reglas de ponderación de los mismos, con un grado de concreción suficiente para que las empresas interesadas en licitar conozcan plenamente las reglas precisas de la valoración de las ofertas, a la par que evite que puedan producirse arbitrariedades al permitir que ciertos parámetros puedan ser valorados discrecionalmente».

Y continúa el recurso:

«*En conclusión, haciendo nuestro lo dispuesto a través de las RESOLUCIONES del TACRC números 97/2013, de 6 de marzo, número*

629/2013, de 13 de diciembre, número 173/3013, de 14 de mayo y número 514/2013, de 14 de noviembre, se precisa "(…) la necesidad de que todos los licitadores tengan ocasión de ponderar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que van a ser valorados, para evitar que la indefinición de las mejoras y su ponderación les impida poder formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad, de acuerdo a sus características y potencial empresarial y sus estrategias, dentro del principio de libertad de mercado (…)".

De esta manera, las disposiciones del PCAP denunciadas (Criterios), serían mejoras que no establecerían límites sobre los cuales se pueda llegar a admitir las mismas. Dicha vulneración, contraría abiertamente (a nuestro entender), el contenido del Artículo 145.7 LCSP, en cuanto que exige que las mejoras estén suficientemente especificadas, y para ello deberán concretarse sus requisitos, límites, modalidades y características, además de precisar su vinculación con el objeto del contrato; lo que en el presente supuesto no se da.

Además, debe señalarse que la forma de atribuir la puntuación a cada uno de estos Criterios determinará en la práctica, que muchos operadores económicos pretendan proponer un número de mejoras muy elevado y/o de imposible cumplimiento, para garantizarse la máxima puntuación en cada uno de ellos, lo que de facto supone un clara y abierta vulneración del Principio de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, dispuestos en los Artículos 1 y 132 de la LCSP; además del de transparencia, dado que los operadores económicos en el momento de formular sus proposiciones, no conocen si van a ser valoradas y aceptadas todas las mejoras propuestas, o si la Administración impondrá un límite en función del alcance y contenido del servicio. A mayor abundamiento, si se llegaran a admitir y valorar mejoras que sean de imposible cumplimiento, en cuanto que el número propuesto sea excesivo a la vista del contenido del contrato, se vulnerarían igualmente los principios que rigen la contratación pública, en cuanto que pese a atribuirse puntuación por ellos y poder ser la razón por la que se adjudique el contrato, las mismas no revertirán

en los usuarios del servicio, ni en la calidad del mismo, ni podrán ser objeto de cumplimiento, dado que no podrán ser modificadas estas mejoras.

Por ello y teniendo en cuenta que la ley exige "suficiente especificación", "concreción" y "vinculación con el objeto del contrato", debemos entender que los Criterios denunciados ("mejoras") se hallan insuficientemente regulados en el PCAP, con vulneración del Principio general de la contratación administrativa de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; lo que conlleva incurrir en un vicio de nulidad de pleno derecho (Artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas por infracción del principio de igualdad (Artículo 14 CE), siendo preciso ante ello, declarar la nulidad de los Criterios denunciados, y en consecuencia, también el proceso de licitación.

Lo expuesto habrá de conllevar ordenar retrotraer el Expediente de Contratación al momento inmediatamente anterior a la aprobación de los Pliegos de la licitación, rectificar estos, y aprobar otros que no supongan una infracción de las normas que se han dejado expuestas, o bien realizar la oportuna corrección de los Pliegos (si ello fuese posible, sin ser considerado modificación sustancial); para que una vez ello, se publique, y se señale nuevo plazo para la presentación de las ofertas, con todo lo demás que sea procedente en Derecho.

Lo anterior, máxime cuando tal corrección no supondría daño para tercero, dado que aún se está en plazo de presentación de ofertas; y sí por el contrario, la adecuación de lo dispuesto en el PCAP, a la normativa de contratación».

A su vez, el órgano de contratación –en el informe emitido con motivo de la interposición del presente recurso– indica:

«*En relación con las alegaciones respecto a la redacción de los criterios en el que no se acota el nº de mejoras y el nº de horas a ofertar e indicando*

que el órgano contratante puede admitir o no parte de las mejoras, hay que indicar que:

En cuanto al límite, en el criterio 2 "realización de trabajos de mantenimiento correctivo" es el licitador el que debe, a partir de un mínimo de 1.000 euros ofertar si consideré oportuno importe a la vista de las instalaciones a mantener (objeto del contrato), y por otra parte, en el criterio 3 "ampliación del horario de apertura" , el límite medido en horas ira desde cero y hasta el máximo estimado por el licitador debiendo este tener en cuenta el calendario de competición de conformidad al PTT, por tanto no es cierto la inseguridad para los licitadores en cuanto a la valoración de la proposiciones. Asimismo, la valoración de ambos criterios, al igual que el precio ofertado, se basa en fórmulas matemáticas objetivas y proporcionales, lo que no da lugar a discrecionalidad de la Administración.

Ampliando lo expuesto, en el caso del nº de horas a ampliar, tal y como se indica en el pliego técnico, son en circunstancias ya limitadas por el mismo, siendo cuando haya competición oficial, que al ser un centro deportivo dedicado al atletismo son generalmente en sábados y domingos, y que supone, además de las ya exigidas para la bolsa 120 horas, una oferta del licitador más amplia, ya que las competiciones no son exactas en su finalización. No es posible discrecionalidad porque es un número de horas concreto a ofertar y que vendrá limitado en todo caso por la jornada competitiva ordinaria.

En el caso de los importes de los trabajos a ofertar (en euros) y que el recurrente indica que no hay concreción, el criterio dirige al punto 3.2 del PPT en el que lo trabajos que el órgano de contratación debe hacer a su cargo, por subsanación, averías etc., pueda ser asumido por el licitador, hasta el máximo ofertado, que considere oportuno.

Se indica por parte del alegante la discrecionalidad del órgano contratante de poder seleccionar o no la mejora presentada, pero lo que se solicita que se oferte es una bolsa de crédito para realizar los trabajos que se puedan realizar, como consecuencia de subsanaciones, averías, cambios de normativa, etc.., imposibles de concretar al no haberse producido la circunstancia que se señala en el punto 3.2 del PPT., al mismo tiempo señalar que hay un mínimo de oferta y su fórmula correspondiente que al aplicarla puntuará a cada licitado por lo ofertado.

Por otro lado, todos los criterios establecidos en el Anexo XII "criterios de adjudicación", están vinculados al objeto del contrato, ya que dicho objeto queda definido como "la gestión del estadio de atletismo", del cual su función principal es realizar competiciones deportivas y los equipos/instalaciones a mantener son necesarios para poder prestar ese servicio o desarrollar dicha función, no dando lugar a ningún tipo de discriminación, ya que todos licitadores pueden revisar los pliegos, ofertar. Garantizándose a través de la evaluación de las ofertas mediante fórmulas matemáticas objetivas y con a ofertas numéricas (horas y euros), la no existencia de discrecionalidad y en todo caso, no suponiendo inseguridad, como se manifiesta el alegante, ya que la mejor oferta tendrá una puntuación mayor al aplicar las fórmulas utilizadas que son claras y exactas».

Una vez expuestos los concretos términos del debate, hay que señalar que en el PCAP impugnado existen criterios de adjudicación del contrato sujetos tanto a evaluación previa –Anexo XI– como a evaluación posterior –Anexo XII–; estos últimos a su vez, tienen por objeto valorar la calidad del servicio así como el precio que por el mismo se oferte.

La resolución de la cuestión planteada en el motivo de impugnación requiere determinar cómo debe interpretarse y aplicarse en el presente supuesto, el término «*límite*» que refiere el artículo 145.7 de la LCSP, en cuyo

incumplimiento se fundamenta principalmente el presente recurso. El citado apartado del precepto legal se pronuncia en los siguientes términos:

«*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*».

Pues bien, de la lectura de los criterios impugnados del PCAP – ya transcritos–, resulta que las mejoras están adecuadamente definidas en cuanto a su contenido y también debidamente precisada la puntuación máxima a otorgar, así como su ponderación, mediante una fórmula proporcional, donde no ha lugar a interpretaciones ni a la discrecionalidad técnica ni subjetividad.

Sin embargo, según pone de manifiesto la recurrente, las mejoras impugnadas no tienen fijado un umbral máximo de exigencia, por lo que es necesario determinar si ello constituye una falta de la exigible, por imperativo legal, concreción y especificación de las mismas y determinar si las consecuencias de tal ausencia son, tal y como reclama la actora que estemos ante unos criterios discriminatorios que no garantizan la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva, con vulneración de los principios de igualdad y transparencia.

Así, efectivamente la falta de concreción del número máximo de actuaciones/horas objeto de las mejoras en cuestión, da lugar a que los licitadores puedan ofrecer mejoras muy elevadas, incluso de manera desmedida, aun siendo conocedores de que serán de imposible cumplimiento, y ello con los solos efectos de obtener la máxima puntuación, con la consiguiente alteración de la distribución de la puntuación entre las restantes licitadoras y el grave perjuicio para aquéllas que realicen una oferta coherente y, por tanto, ajustada a la realidad.

Y no es posible admitir la argumentación del órgano de contratación ofrecida en su informe, en donde, respecto a la mejora consistente en la ampliación en número de horas de apertura anual de la instalación, se defiende que el número de horas está concretado porque viene limitado por la jornada competitiva ordinaria y el calendario oficial de competiciones, puesto que del PPT antes transcrito, no resulta posible sostener tal límite dados los términos en los que se expresa dicho pliego cuando en él se afirma que las horas de ampliación «*se aplicarán preferentemente a aquella jornada que se deba extender por competiciones oficiales*» (apartado 1º), y por tanto no sólo a ellas, pues cabe inferir, de su tenor literal, que la apertura de instalaciones pueda extenderse a más jornadas en que no haya competición oficial.

En relación a esta cuestión de la falta de límites en este tipo de criterios de adjudicación, en nuestro Acuerdo 108/2018, de 9 de noviembre, viene a recopilarse doctrina sentada a este respecto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en los siguientes términos:

«*Así en la Resolución nº 841/2014, de 7 de noviembre, se decía:*

"Debemos concluir por tanto que los parámetros objetivos en función de los cuales se aprecia la presunción de ofertas con valores anormales o desproporcionados se han determinado en el cuadro anexo del PCAP con referencia exclusiva a las ofertas económicas y que, con tales parámetros, ninguna de las presentadas incurría en tal presunción en relación a las mejoras.

Por otro lado, el PCAP ha considerado unos criterios de valoración de las mejoras (número de horas complementarias) que no toman en cuenta su valoración económica y su realización efectiva (la de la mejora) depende única y exclusivamente de la voluntad del propio órgano de contratación que, llegado el momento, podrá decidir si exige o no al contratista adjudicatario la

realización de las horas anuales sin coste para servicios extraordinarios, hasta el límite ofertado.

Como indicábamos en una resolución anterior (Resolución 499/2013, de 6 de noviembre), esta circunstancia permitiría fácilmente atentar contra el principio de igualdad y libre concurrencia si previamente existiera un acuerdo entre el órgano de contratación y alguno de los licitadores en el sentido de no exigir la prestación de las citadas horas...

Para evitarlo, bastaría con que el PCAP hubiera establecido un límite máximo en el número de horas sin coste que pudieran ofrecer los licitadores...".

También resulta trasladable al caso que nos ocupa la Resolución nº 224/2011, de 14 de septiembre del mismo TACRC en la que se señalaba:

"Como puede apreciarse en la documentación del expediente de contratación, el pliego no establece límite superior alguno a las ofertas que puedan presentar los licitadores lo cual, a juicio de este Tribunal, está en el origen del conflicto ahora planteado. La asignación de la puntuación máxima a la mejor oferta no origina ningún problema, pero el resultado de aplicar las fórmulas que se establecen para calcular las puntuaciones de las distintas proposiciones a partir de la que obtenga la puntuación máxima se va desvirtuando a medida que se presentan proposiciones con valores más elevados, "desproporcionados "en muchos casos en relación con las necesidades "razonables" del museo. Cualquier valor de un parámetro, superior al que resulte necesario, no representa mejora alguna sobre otro inferior pero que cubra perfectamente las necesidades en la materia".

Asimismo en la Resolución nº 153/2015 de 13 de febrero del TACRC, citada por la recurrente en su escrito de recurso se dice que:

"*En la Resolución de un recurso interpuesto también por XXX, aunque entonces manteniendo justamente los argumentos contrarios a los que aduce*

ahora, (Resolución nº 841/2014, de 7 de noviembre, con referencia a otras de este Tribunal), ya indicábamos que, al valorar la bolsa de horas según el número de las ofertadas sin tomar en cuenta su valoración económica, puede suceder que en el pliego los esfuerzos económicos de la oferta y de las horas adicionales no estuviesen correctamente proporcionados con la ponderación otorgada a cada uno de los criterios.

En la Resolución indicada también nos referíamos al hecho de que si, además de esa falta de "balance", la realización efectiva de las horas complementarias depende única y exclusivamente de la voluntad del propio órgano de contratación que, llegado el momento, podrá decidir si exige o no al contratista adjudicatario la realización de las horas anuales sin coste para servicios extraordinarios, hasta el límite ofertado, "esta circunstancia permitiría fácilmente atentar contra el principio de igualdad y libre concurrencia si previamente existiera un acuerdo entre el órgano de contratación y alguno de los licitadores en el sentido de no exigir la prestación de las citadas horas... Para evitarlo, bastaría con que el PCAP hubiera establecido un límite máximo en el número de horas sin coste que pudieran ofrecer los licitadores...".

Finalmente, en la Resolución nº 612/2015, de 6 de julio del mismo Tribunal Administrativo se decía que:

"*En particular, por lo que se refiere a la concreción exigible a los pliegos de contratación, la doctrina de este Tribunal, ha sido recientemente resumida en resolución nº 575/2014, que al efecto ha señalado: "Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación. Así, en la*

Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores". De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios. De acuerdo con lo expuesto, en el caso ahora analizado, al no fijarse un número máximo de horas en el PCAP, se hace prácticamente imposible para el licitador, ante tal indeterminación, conocer la valoración que va a tener su oferta de número de horas adicionales, lo que genera inseguridad e impide que se cumplan los criterios expuestos sobre el grado de concreción que ha de cumplir la mejora para que pueda ser utilizada válidamente en los PCAP como criterio de adjudicación, por lo que debe estimarse el recurso en este punto; tal y como es criterio reiterado de este Tribunal, plasmado entre otras en Resolución 841/2014, de 7 de noviembre de 2014, cuando señala: "Como indicábamos en una resolución anterior (Resolución 499/2013, de 6 de noviembre), "esta circunstancia permitiría

fácilmente atentar contra el principio de igualdad y libre concurrencia si previamente existiera un acuerdo entre el órgano de contratación y alguno de los licitadores en el sentido de no exigir la prestación de las citadas horas... Para evitarlo, bastaría con que el PCAP hubiera establecido un límite máximo en el número de horas sin coste que pudieran ofrecer los licitadores...". Como se recordaba en esa Resolución, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la conveniencia de que los pliegos establezcan márgenes de referencia dentro de los cuales deban situarse los valores de las mejoras". La alegación, por tanto, debe ser acogida"».

Por último, cabe también aludir a otra Resolución del mencionado Tribunal posterior a las citadas en el Acuerdo recién extractado; en concreto, la nº 861/2019, de 25 de julio, en la que se afirma:

«*Pues bien, en el presente caso la cuestión a resolver es precisamente la de decidir si nos encontramos ante un supuesto de nulidad radical que permitiera la anulación de la adjudicación teniendo en cuenta que la oferta presentada por la adjudicataria de cinco millones de euros para solventar o subsanar los defectos que pudieran detectarse tras la revisión de un organismo de control como la OCA, que no deja de ser una prestación accesoria respecto de las principales del contrato, puede considerarse una oferta real y cumplible o, por el contrario, debe entenderse que se trata más bien de una oferta imposible presentada con el único objeto de acaparar los 20 puntos asignados a este criterio de adjudicación e imposibilitar al mismo tiempo la obtención de ningún punto por los restantes licitadores que han ofertado un número de horas muy inferior (10.200, 20.000 y 4.000 euros respectivamente), siendo asimismo también la bolsa ofertada por este concepto diez veces superior a la ofertada por la propia adjudicataria para la prestación principal de mantenimiento. Y a este respecto creemos que hay pocas dudas en cuanto a la imposibilidad total de que el importe de la bolsa ofertado por la subsanación de las posibles deficiencias detectadas tras la inspección pueda nunca ser realmente*

empleado ni exigido por la Administración, encontrándonos por tanto ante un evidente fraude de ley con el que, al amparo de una norma o cláusula contractual, se persigue un fin claramente contrario al ordenamiento jurídico que, en el caso de los contratos públicos, es siempre la selección de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración (art. 1.1 Ley 9/2017 CSP). Entendemos por ello que, al ser la oferta presentada en este aspecto un acto fraudulento e imposible de cumplir, la aceptación por la Administración de la oferta presentada y la consiguiente adjudicación del contrato, implica un supuesto de nulidad de pleno derecho encuadrable dentro del art. 47,1 c) de la Ley 39/2015 como acto de "contenido imposible", e incursa en causa de nulidad de Derecho Civil en cuanto servicio imposible que no puede ser objeto de contrato (artículo 1.262 del CC en relación con el artículo 43 de la LCSP), ni por ello aceptada dicha oferta, que debe determinar su anulación con independencia de que el Pliego no haya sido previamente impugnado, pues la imposibilidad de cumplimiento de la oferta debe determinar por sí sola la anulación de la adjudicación efectuada. Pero es que, además, entendemos también que, al venir determinada la resolución de adjudicación del contrato por la dicción literal de la cláusula controvertida, se debe considerar dicha cláusula nula de pleno derecho al propiciar con su falta de topes máximos de saciedad, que puedan presentarse, como así ha ocurrido en el supuesto analizado, ofertas desmesuradas e imposibles que desvirtúen por completo los fines perseguidos por la contratación pública, en especial el de selección de la oferta económicamente más beneficiosa para la Administración, lo que conlleva la anulación de dicha cláusula y de todo el procedimiento de contratación.»

Dado que las resoluciones citadas se refieren a supuestos prácticamente iguales en características y efectos al analizado aquí, resulta trasladable su solución al presente recurso, en tanto en cuanto este Tribunal participa del parecer expuesto en dicha doctrina y considera que la falta de determinación de un límite máximo en las mejoras en las condiciones en que están definidas en el PCAP, conculca los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y

de transparencia (artículos 1 y 132 de la LCSP), de manera que tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 108/2018 antes citado, ello «*desvirtúa las valoraciones a medida que se presentan proposiciones con valores más elevados, "desproporcionados" en muchos casos en relación con las necesidades "razonables" del servicio que se contrata y ello porque cualquier valor de un parámetro, superior al que resulte necesario, no representa mejora alguna sobre otro inferior pero que cubra perfectamente las necesidades a cubrir, por lo que se conculca la verdadera naturaleza de los criterios de adjudicación*» e impide la selección de la mejor oferta a partir de la relación calidad-precio en el sentido legal regulado *ex* artículo 145.1 de la LCSP; de ahí que se aprecie la concurrencia de un vicio de anulabilidad en las cláusulas impugnadas y haya de estimarse el recurso, procediendo la anulación de las mismas y, con ello, de todo el procedimiento de contratación.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado en nombre y representación de la "ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS", frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Servicio de gestión del estadio de atletismo

“Corona de Aragón”», promovido por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

El presente Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.