Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 103/2022

Acuerdo 102/2022, de 21 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS, S.A.", frente a los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Apoyo a las aulas de dos y tres años de educación infantil en centros docentes públicos de educación infantil y primaria», promovido por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de noviembre de 2021 fue enviado –para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE)- anuncio previo de licitación relativo al procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. En la misma fecha, fue insertado el mismo anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP). Los anuncios definitivos de la licitación, junto a los pliegos que rigen la misma, fueron publicados el día 4 de agosto de 2022 en la PCSP y el día 5 de agosto siguiente en el DOUE. Según figura en los mismos, la fecha límite de presentación de proposiciones era el día 24 de agosto de 2022.

Se trata de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, tramitado por procedimiento abierto con carácter de urgencia, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 11 276 420,96 euros, IVA no incluido.

Segundo.- Con fecha 24 de agosto de 2022 se recibió en este Tribunal –a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón-, un escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don J.T.S., en nombre y representación de la mercantil "KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS, S.A." S.L.", en el que pone de manifiesto su disconformidad con los pliegos que rigen la contratación de referencia.

El recurso aduce –en síntesis– que los pliegos que rigen el contrato establecen un criterio de adjudicación objetivo sujeto a evaluación posterior, que vulnera el ordenamiento jurídico y ello tanto si el criterio impugnado se considera que debe calificarse de las mejoras reguladas en el artículo 145.7 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), como si no es así y se entiende que se trata de un criterio de adjudicación, en cuyo caso debe atender a lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo en cuestión, argumentando la actora en uno y otro caso el incumplimiento del artículo 145, tanto en su apartado 7 como en los apartados 5 y 6 de la LCSP.

Por ello solicita que se declare la nulidad del procedimiento de licitación y –con carácter cautelar– la suspensión del procedimiento licitatorio.

Tercero.- El día 25 de agosto de 2022, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente de contratación completo e informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP. El día 30 de agosto siguiente se recibió la información requerida. En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso, defendiendo su actuación.

Cuarto.- A la convocatoria de la licitación han concurrido dos licitadores –incluida la propia recurrente- según el detalle que obra en el expediente administrativo,

de tal forma que con fecha 31 de agosto de 2022 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 Acuerdo 86/2022, de 1 de septiembre, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP, se decidió la suspensión –con carácter cautelar– del procedimiento de licitación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil "KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS, S.A."**,** para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP dado que por el objeto social de su actividad social y sus pretensiones, pueda tener interés en presentarse a la licitación, como así ha resultado.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal 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), mientras que el objeto del recurso lo constituyen los pliegos que rigen la licitación por lo que el acto recurrido es susceptible del recurso especial en material de contratación, al amparo del artículo 44 –apartados 1.a y 2a) de la LCSP.

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

SEGUNDO.- Una vez verificados los requisitos para la admisión del recurso procede entrar a examinar el fondo del mismo.

Como motivo del recurso, la recurrente manifiesta su disconformidad con el criterio 2 recogido en Anexo XI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), dedicado a los «Criterios de adjudicación objetivos sujetos a evaluación posterior (Sobre C)» cuya redacción es la siguiente:

	CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	***FÓRMULA***	***PONDERACIÓN***
2	*CRITERIO:* ***MAYOR NÚMERO DE HORAS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO.*** *Este criterio se valorará otorgando 15 puntos a la propuesta que oferte, como mejora, un mayor número de horas de prestación del servicio de los trabajadores por curso escolar sobre el total de horas licitadas, sin que ello suponga un mayor coste para la Administración, y al resto se puntuará de forma proporcional, según la siguiente fórmula:* *En el caso de que en un curso escolar no se haga uso de la bolsa de horas o éste sea parcial, el saldo no gastado se acumulará a la del curso escolar siguiente.* *En caso de que se prorrogue el contrato el mayor número de horas ofertado como mejora también se deberá ejecutar durante dicho período.* *DOCUMENTACIÓN: Documento suscrito por el licitador en el que se comprometa a prestar más horas de las solicitadas y plan de trabajo para la organización del servicio, según modelo incluido en el Anexo VII.*	$Pi = [H_i / H_{max}] \times P_{max}$ *Pi = Puntuación adjudicada a cada oferta* *Hi = Oferta de horas a valorar* *Hmax = Oferta de horas más ventajosa* *Pmax= Puntuación máxima (15 puntos)*	***Hasta 15 puntos***

A su vez, el apartado B del PCAP define el objeto del contrato como «*Prestación del servicio de "Apoyo a las aulas de dos y tres años de Educación Infantil en centros docentes públicos de Educación Infantil y Primaria"»*

En la memoria justificativa del servicio a contratar, publicada en la PCSP, figura *«Máximo horas curso escolar por trabajador de 1.037 horas», «Máximo horas total contrato 3.111 horas»* señalado que *«Así, se estima que se necesitarán un máximo de 95 efectivos.»*

La recurrente entiende nulo y no conforme a derecho el criterio de adjudicación recién transcrito, y apoya su posición en distintas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Resoluciones Contractuales (en adelante, TACRC).

Razona su tesis del siguiente modo:

«En el presente caso, el criterio de adjudicación que se impugna mediante este recurso se refiere al "mayor número de horas de prestación del servicio" otorgando 15 puntos a la oferta que contenga el mayor número de horas de prestación de servicio de los trabajadores por curso escolar sobre el total de horas licitadas, y al resto de ofertas de forma proporcional, que no tendrá coste para la Administración, y que el propio pliego califica como "mejora", siendo estas horas ofertadas de prestación no obligatoria, y sin que se incluya en el pliego límite alguno a la oferta de este número de horas.

A la vista de esta redacción del criterio núm. 2 de los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas (Anexo XI del Pliego), debe afirmarse que:

-. Este criterio de adjudicación no incluye un límite en las horas a ofertar por los licitadores, ni el número de horas ofertado por este concepto son de obligatoria prestación para la empresa proponente, en cuanto que el propio pliego viene a determinar que el saldo de horas no gastado en un curso escolar se acumulará al curso siguiente.

-. El criterio se refiere a horas adicionales que exceden de la prestación que los pliegos definen como obligatoria (1.037 horas máximo curso escolar por trabajador, que ascienden a 95, que consta en el informe de necesidad de la licitación que obra en el expediente electrónico), en cuanto que el pliego atribuye puntuación a "la oferta, como mejora, un mayor número de horas de prestación del servicio de los trabajadores por curso escolar sobre el total de horas licitadas", siendo el objeto del contrato "la prestación del servicio de apoyo a las aulas de dos y tres años de Educación Infantil y Primaria" (apartado B del Cuadro Resumen del PCAP).

Es por ello que el criterio puede calificarse como mejora, porque así lo establece el pliego, con el valor de lex contractus, y en este caso deberá de cumplir los requisitos que el art. 145.7 LCSP establece para este tipo de criterios de adjudicación, o, por el contrario, carece de tal naturaleza de mejora, en cuanto que no se refiere a prestaciones adicionales no definidas en el pliego, y, en este caso, deberá dar cumplimiento a las exigencias legales contenidas en el art. 145, 5 y 6 LCSP.

Es por ello que, en este recurso especial en materia de contratación, se argumenta la nulidad del criterio nº 2 de los criterios de adjudicación evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas, contenidos en el pliego rector de la licitación, tanto si debe ser considerado como mejora, o, por el contrario, si debe ser considerado como un mero criterio de adjudicación, sin tal carácter.

-. Si este criterio nº 2 de los criterios de adjudicación objetivo se califica como mejora, como realiza el propio pliego, su contenido vulnera el art. 145.7 LCSP, en cuanto que las mejoras como criterio de adjudicación deben estar suficientemente especificadas y se considera 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.

De esta forma, si se califica el criterio de adjudicación impugnado como mejora, éste, tal y como está redactado, vulnera el art. 145.7 LCSP, en cuanto que carece de un límite de horas de horas a ofertar y a valorar, careciendo de la necesaria concreción que la LCSP exige, siendo nulo y no conforme a Derecho, y vulnerando los principios de igualdad de trato y no discriminación y transparencia que rigen la licitación.

-. De otro lado, si no se califica como mejora el criterio de adjudicación nº 2 de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de una fórmula (porque no se refiere a prestaciones adicionales no definidas en el pliego, sino a las adicionales que exceden de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria), éste incumple los requisitos establecidos por el art. 145.5 y 6 LCSP: por la falta de definición de los límites de la oferta que pudiera conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, y/o incumpliendo la exigencia de que el criterio esté vinculado al objeto del contrato, en el caso de que la oferta supera las necesidades demandadas por el órgano de contratación como consecuencia de aplicar un criterio de adjudicación ilimitado en su cuantía o calidad, pudiendo afectar a la desproporcionalidad de la oferta, de manera que afecta a la competencia con otros licitadores.

Tal y como está redactado el criterio de adjudicación que se recurre, debe afirmarse que (i)los licitadores no tienen manera de saber cuántas horas podrán ser suficientes a los efectos de obtener la máxima puntuación por este criterio, porque no existe límite de horas a ofertar y la fórmula que contiene el pliego para aplicar este criterio de adjudicación toma como denominador la oferta de horas más ventajosa; (ii)las horas a ofertar no son de obligatoria prestación, pudiendo existir un saldo de horas anual sin consumir, lo que puede conducir a que los licitadores oferten un número de horas de imposible cumplimiento que les merezcan la máxima puntuación; (iii)el criterio tiene asignada una ponderación de 15 puntos sobre 100, lo que resulta bastante significativa e importante a los

efectos de decidir la licitación, y que va a condicionar la puntuación que haya de atribuirse a los licitadores que ofrezcan menos horas.

Es por todo ello que debe afirmarse que el criterio nº 2 de los criterios de adjudicación contenidos en el Anexo XI del PCAP, resulta ser desproporcionado y no respetuoso con el principio de igualdad, no discriminación y transparencia, infringiendo el art. 145.5 y 6 LCSP, y procediendo la estimación de este recurso especial en materia de contratación, y anular el referido criterio de adjudicación nº 2 del Anexo XI del PCAP "mayor número de horas de prestación del servicio", retrotrayendo el expediente de contratación al momento anterior a la aprobación de los pliegos.»

Frente a ello el órgano de contratación opone lo siguiente:

«La alegación presentada por la empresa "KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS S.A." cuestiona el segundo criterio de adjudicación objetivo de "mayor número horas de prestación del servicio" y se fundamenta en la Resolución 857/2022, de 19 de julio de 2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; esta a su vez centra su discusión en la interpretación y aplicación en el caso concreto del apartado séptimo del artículo 145 de la Ley de Contratos del Sector Público:

"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."

Como respuesta la citada alegación, en primer lugar, este órgano gestor sostiene que se trata de una mejora, efectivamente, que no se aleja de la naturaleza de las prestaciones definidas en los pliegos ni del objeto del contrato y que es cuantificable objetivamente y por tanto no cabe la limitación propuesta en el segundo párrafo para la valoración asignada no sea superior al 2,5 por ciento.

Como se expone en el Informe de necesidad, la finalidad de este contrato es garantizar una atención educativa de calidad en los centros públicos con aulas de dos y tres años de Educación Infantil, en este último caso con un elevado número de alumnos matriculados en este nivel o que, por circunstancias del alumnado, debidamente valoradas por la Inspección Educativa, aconsejen y conlleven que reciba una atención más especializada. Un primer elemento que hay que considerar es pues el carácter indeterminado de la dimensión de la necesidad de contratar, que va a estar necesariamente delimitada por una cuestión objetiva, como es la disponibilidad presupuestaria de este Departamento, en el marco del Plan de Racionalización del Gasto Corriente del Gobierno de Aragón. En este sentido, en el curso 2020-2021, hasta 6 centros escolares ven desatendida su petición, pese a que recaban informe favorable de la Inspección educativa para solicitar el apoyo de personal técnico de educación infantil en sus aulas de tres años por circunstancias del alumnado, que habrían hecho deseable este apoyo pese a no superar las ratios establecidos en la normativa.

En este sentido, más allá del cálculo objetivo en previsión de las condiciones demográficas y las necesidades de escolarización, en el que se apoya la concreción del coste y la necesidad del servicio; existe una flexibilidad adicional que persigue la inclusión de mejoras en las ofertas para tener la capacidad eventual de extender este apoyo.

Como órgano gestor, se goza de una discrecionalidad para elegir el criterio a utilizar a fin de adjudicar el contrato y su peso específico otorgado. En este sentido, queda justificado conforme al párrafo anterior la necesidad de incluir esta mejora contractual como criterio objetivo de adjudicación, siendo una manera de medir la eficiencia en la prestación del servicio de una empresa, su capacidad organizativa para poder ofrecer una incorporación adicional de horas al mismo coste logrando ahorros en el margen extensivo y complementándose este criterio con el primero de los criterios objetivos de valoración que es el precio ofertado.

De otra parte y en respuesta a las precauciones que insinúa la alegación, de la misma forma que se vigila de manera escrupulosa el cumplimiento del resto de criterios y compromisos adquiridos por la empresa adjudicataria en los pliegos, aquellos susceptibles de valoración objetiva y subjetiva, no se ha de suponer que el órgano gestor vaya a obrar diferente con la supervisión del cumplimiento de este otro criterio.

Por último , en lo que se refiere al criterio objetivo sujeto a evaluación posterior "el nº de horas ofertadas al alza sobre el tipo establecido, sin que ello suponga un mayor coste para la Administración" que el recurrente entiende que es nulo y no conforme a Derecho al no haber establecido "límite", el órgano gestor entiende que esto no es así puesto que el propio límite viene determinado por el número máximo de personas a subrogar, cuyo listado fue publicado en el mismo anuncio (110 personas). De esta forma, el número de horas máximas a poder disponer en esa bolsa vendrá determinado por las horas a realizar máximas

según convenio (30 hora/semana) por el número máximo de personas adicionales resultante de la diferencia entre el mínimo a ejecutar (95 personas) hasta el máximo de la lista de subrogación (110 personas).»

La resolución de la cuestión planteada requiere determinar si el criterio de adjudicación número 2 del Anexo XI del PCAP, -transcrito con ocasión de la exposición de la denuncia de la actora- y que se encuentra encuadrado dentro de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior, - tal y como defiende la recurrente- infringe el ordenamiento jurídico.

El recurso se basa en la falta de conformidad a Derecho del criterio impugnado tanto si el mismo – atendiendo a la dicción del PCAP- es considerado como mejora, pues -según motiva la actora- tal y como está planteado vulnera lo dispuesto en el artículo 145.7 de la LCSP, como si se concluye que no tiene la naturaleza de mejora, al tratarse de prestaciones adicionales que exceden de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria, y en ese caso – considera la recurrente- que el criterio en cuestión tampoco atiende a las exigencias legales exigidas en el artículo 145.5 y 6 de la LCSP.

Pues bien las mejoras vienen reguladas en el mencionado artículo 145 de la LCSP en su apartado 7 de acuerdo con los siguientes términos:

«7. 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.»

Por su parte los apartados 5 y 6 del artículo 145. 5 de la LCSP establecen lo siguiente*:*

«5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.
b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores».

«6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.»

Procede por tanto determinar la naturaleza del criterio impugnado en orden a conocer si ha habido vulneración o no del precepto legal mencionado – en concreto respecto de cual de los apartados transcritos, el 7 ó el 5 y 6 - y para ello resulta oportuno traer a colación la Resolución 857/2022, de 13 de julio de 2022 del TACRC, con cita en la Resolución 38/2019, que, acertadamente, ha sido invocada por la actora y que, sobre esta cuestión, mantenía lo siguiente:

«Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un asunto similar (anulación de la cláusula de que regulaba la mejora consistente en el aumento del número de horas. En la misma se decía que "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". Sin embargo, la doctrina citada debe entenderse limitada a las mejoras en sentido estricto, es decir, a las a las que suponen "prestaciones adicionales

no definidas en los Pliegos tal como hemos expresado en nuestra reciente resolución 1259/2018. Para resolver esta cuestión debemos fijar, en primer lugar, qué interpretación procede hacer del artículo 145.7 de la LCSP, cuando define las mejoras a efectos de la exigencia de los requisitos que establece dicha ley, como: "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".

La expresión "prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto" se puede entender de dos maneras distintas: - Todas las adicionales que exceden de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria, o solamente aquellas prestaciones adicionales no "definidas" en los pliegos.

Este Tribunal se decanta por la segunda interpretación porque el precepto transcrito, después de fijar la definición, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar la naturaleza de las prestaciones establecidas en el PPTP, 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 ello, parece que las "mejoras" a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP son aquellas prestaciones "adicionales y distintas" a las definidas en el proyecto.

El criterio que estamos analizando, la bolsa de horas adicionales de servicio, es claramente relativa al principal servicio que exigen los pliegos como obligatorio: la prestación de apoyos de carácter personal, doméstico o social, en el domicilio familiar, para contribuir al mantenimiento de las personas con limitaciones en su autonomía, en su medio convivencial habitual (cláusula 2 del PPTP). Por lo que, conforme a lo razonado anteriormente, debemos concluir que no estamos en presencia de una de las mejoras a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP.

Por tanto, no se considera aplicable el requisito que exige dicho artículo relativo al establecimiento de "límites", debiendo resolver el presente recurso en el mismo sentido desestimatorio que en nuestra Resolución 619/2017 (Recurso 446/2017), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, ante un supuesto similar, dijimos:

"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 horas 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 que dicho ofrecimiento les pueda suponer, el precio ofertado para la realización total del contrato, y el número 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 consideraría preferible, pero el hecho de no hacerlo no se estima que incumpla la normativa, ni los principios de la contratación pública».

En el supuesto examinado, los criterios de adjudicación impugnados, se refieren claramente al principal servicio que exigen los pliegos como obligatorio- la

prestación del servicio de limpieza (cláusula 1 del PPT), por lo que de acuerdo con la doctrina expuesta no estamos en presencia de mejoras a las que se refiere el artículo 145.7 LCSP.

Ahora bien, sentado lo anterior, si bien los criterios impugnados no deben considerarse mejoras, ello no elude la aplicación de los requisitos exigibles a estos, previstos en el artículo 145.5 de la LCSP y, ello en relación con el reproche que la asociación recurrente hace a la indeterminación de los mismos.

El artículo 145.5 de la LCSP, establece que:

(…)

El Tribunal se ha pronunciado en numerosas resoluciones en relación con necesidad de la determinación de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y, así, como ejemplo la Resolución 551/2019, de 17 de abril, en la que se citan otras muchas otras.

Ahora bien, no es habitual que esta indeterminación se refiera a criterios de adjudicación no dependientes de juicios de valor, supuesto en el que en todo caso la impugnación puede hacerse por incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 145.5 de la LCSP, incluido la falta de definición de los límites de la oferta que pudiera conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada o bien, que el criterio se encuentre vinculado con el objeto del contrato, en el caso de que la oferta supera las necesidades demandadas por el órgano de contratación como consecuencia de aplicar un criterio de adjudicación ilimitado en su cuantía o calidad, pudiendo afectar a la desproporcionalidad de la oferta de manera que pudiera afectar a la competencia con otros licitadores.

Pues bien, en el supuesto examinado, no existe para los licitadores manera de saber cuántas horas podrán ser suficientes a los efectos de obtener la máxima puntuación que asignan los pliegos. De hecho, la fórmula escogida para asignar

el máximo de puntos para el criterio objetivo nº 2 "Bolsa de horas complementarias" toma como denominador "a la propuesta que oferte un mayor número de horas" y, para el criterio objetivo nº 3 "Aumento de limpiezas generales y/o complementarias" toma como parámetro el «mayor aumento en el número de limpiezas generales (a efectos de su valoración se tendrá en cuenta el sumatorio total en el número de limpiezas ofertadas)».

Lo anterior, unido a que estas horas complementarias y el aumento en el número de limpiezas generales y/o complementarias, que no son de obligatoria prestación, pues su realización efectiva depende de si así lo estima oportuno el órgano de contratación para reforzar los servicios de limpieza ordinarios- «para la realización de servicios no contemplados en el pliego (limpiezas finalización de obras, refuerzos varios..etc)» en el caso de la bolsa de horas complementarias y, para «limpiezas generales y/o complementarias superiores a las 54 fijadas en el PPT» en el caso de aumento de limpiezas generales y/o complementarias- , puede conducir a que los licitadores presenten ofertas de imposible cumplimiento que les merezcan la máxima puntuación, significativa pues representa 10 puntos (5+5) sobre 100, la cual, además, va a condicionar la puntuación que haya de atribuirse a los licitadores que ofrezcan menos horas. Por todo ello se entiende que ambos criterios de adjudicación resultan desproporcionados y no respetuosos con los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, infringiendo el artículo 145.6 de la LCSP y, en consecuencia, procede estimar la pretensión anulatoria de la recurrente relativa al criterio de adjudicación "bolsa de horas complementarias" y, "aumento de limpiezas generales y/o complementarias". »

Pues bien, en el supuesto ahora analizado, resulta que el PCAP califica de mejora el hecho de ofertar mayor número de horas de prestación del servicio que se licita, en cuyo caso y atendiendo al tenor literal del PACP, el criterio impugnado no cumpliría los requisitos del artículo 145.7 de la LCSP, al no venir

limitado el número de horas de prestación de servicio que se ofertan, y así se ha venido pronunciando este Tribunal administrativo, por todos los Acuerdos 108/2018, de 9 de noviembre y 140/2019, de 2 de diciembre.

Sin embargo del examen del criterio impugnado, en consonancia con la definición del objeto del contrato (cláusula 1 del PPT), este Tribunal administrativo coincide con su homónimo en considerar que las *«mejoras»* a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP, son prestaciones *«adicionales y distintas»* a las definidas en el objeto del contrato, de manera que, en este caso, dado que el criterio impugnado toma como base la prestación del objeto del contrato que tiene carácter obligatorio, ello determina que no tenga la consideración de ser una mejora, *ex* artículo 145.7 de la LCSP, por lo que habrá que comprobar si dicho criterio vulnera lo dispuesto en el los apartados 5 y 6 del mencionado artículo 145 de la LCSP.

Y no es posible admitir la argumentación del órgano de contratación ofrecida en su informe al recurso, en donde, respecto al criterio impugnado señala que «*Como órgano gestor, se goza de una discrecionalidad para elegir el criterio a utilizar a fin de adjudicar el contrato y su peso específico otorgado. En este sentido, queda justificado conforme al párrafo anterior la necesidad de incluir esta mejora contractual como criterio objetivo de adjudicación, siendo una manera de medir la eficiencia en la prestación del servicio de una empresa, su capacidad organizativa para poder ofrecer una incorporación adicional de horas al mismo coste logrando ahorros en el margen extensivo y complementándose este criterio con el primero de los criterios objetivos de valoración que es el precio ofertado.»,* y ello porque la discrecionalidad de que goza el órgano de contratación a la hora de fijar los criterios de adjudicación, tiene como límite que la actuación sea conforme a Derecho, en este caso debe cumplir lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LCSP.

Así puesto que el criterio impugnado no incluye un límite en las horas a ofertar por los licitadores, ello puede conducir a que los licitadores presenten una oferta de imposible cumplimiento con el fin de obtener la máxima puntuación en este criterio y que, incluso si la oferta supera las necesidades demandadas por el órgano de contratación como consecuencia de aplicar dicho criterio que es ilimitado en su cuantía, ello puede afectar a la desproporcionalidad de la oferta y con ello a la competencia entre los licitadores.

Por tanto se considera que la falta de determinación de un límite máximo en el criterio impugnado en las condiciones en que están definidas en el PCAP, infringe lo dispuesto en el artículo 145.5 y 6 de la LCSP y conculca los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y de transparencia (artículos 1 y 132 de la LCSP y 3 de la LMMCSPA); de ahí que se aprecie la concurrencia de un vicio de anulabilidad en el criterio impugnado y haya de estimarse el motivo de recurso y con él el recurso interpuesto, procediendo su anulación 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 interpuesto por la mercantil “KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS, S.A.”, frente a los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Apoyo a las aulas de dos y tres años de educación infantil

en centros docentes públicos de educación infantil y primaria», promovido por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de las actuaciones adoptadas en cumplimiento del presente Acuerdo.

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

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, 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 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.