

**Recurso 467 /2024**  
**Resolución 596/2024**  
**Sección Tercera**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 27 de noviembre de 2024.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN SETA**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato denominado “Prestación del servicio de atención temprana en la provincia de Sevilla”, (Expte. CONTR 2024 0000541746), promovido por la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 9 de octubre de 2024, se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato administrativo especial indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos que rigen la contratación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante. El valor estimado del contrato asciende al importe de 59.628.441,60 euros.

La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación 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 y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP. Asimismo, se rige por el Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía.

**SEGUNDO.** El 30 de octubre de 2024, la ASOCIACIÓN SETA (en adelante la recurrente o SETA) presentó en el registro de este Órgano, recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución. El requerimiento fue atendido con la remisión del expediente a este Tribunal.

Por Resolución MC. 131/2024, de 31 de octubre, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, con suspensión igualmente del plazo de presentación de ofertas, del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución. La medida cautelar se tramitó a instancia de la ASOCIACIÓN PATRONAL ANDALUZA DE ATENCIÓN TEMPRANA, en el curso de la tramitación del expediente de recurso especial en materia de contratación 446/2024, y tras acordarse la acumulación de los procedimientos tramitados con

relación a las medidas cautelares de suspensión solicitadas, al guardar los citados procedimientos una identidad sustancial o íntima conexión.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que las ha presentado en el plazo concedido la entidad CENTRO DE ESTIMULACIÓN PRECOZ CRISTO DEL BUEN FIN (en adelante la entidad interesada).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

El recurso se interpone contra los pliegos que rigen un contrato administrativo especial cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

El apartado 1 del artículo 44 de la LCSP establece que serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios, es decir, cien mil euros.

Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 y 2 a) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas el 9 de octubre de 2024 en el perfil de contratante, por lo que el recurso presentado en el registro de este Tribunal el 30 de octubre de 2024 se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

### **QUINTO. Fondo del asunto: sobre el cálculo de los costes de personal sin ajustarse a las disposiciones del Convenio colectivo.**

#### 1. Alegaciones de la asociación recurrente.

La recurrente fundamenta sus alegaciones en la forma en la que el órgano de contratación ha determinado la «unidad de medida de atención temprana (UMATS)», sobre lo anterior argumenta: «La tarifa establecida para la Unidad de Medida de Atención Temprana (UMATS) resulta insuficiente para cubrir los costos operativos y salariales



necesarios para una atención adecuada. Este cálculo establecido según el concierto actual en 28€/sesión, una tarifa basada en los costes salariales de 2021, lo que provoca que las pequeñas asociaciones y pymes no pueden cubrir sus gastos operativos, lo que pone en riesgo la continuidad del servicio, dejando el sector vulnerable a grandes entidades no especializadas y comprometiendo la calidad del servicio.

Los principales problemas identificados incluyen:

1. Coste laboral no reconocido: Los psicólogos sanitarios necesitan una formación específica para trabajar en Centros de Atención Infantil Temprana (CAIT) y deberían estar clasificados en el Nivel 3, con un salario superior al contemplado en el cálculo actual de precios.
2. Incremento salarial en enero de 2022: Las tablas salariales del convenio colectivo XVI CONVENIO COLECTIVO DE CENTROS Y SERVICIOS DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD se actualizaron, pero el precio de 28 €/sesión no considera este incremento, lo que reduce el margen de beneficio a niveles insostenibles, por lo que para 2024 para seguir conservando la rentabilidad del 6% el precio de la sesión debiera ser al menos de 30,25€/sesión.
3. Proyección para 2025: Según las tablas salariales negociadas, los costes aumentarán, lo cual requerirá que el precio por sesión alcance al menos 33,88 € para cubrir los costes y mantener un beneficio industrial del 6%».

## 2. Alegaciones del órgano de contratación

Manifiesta que la recurrente combate el importe del UMAT, pero sin apenas extensión. Con relación a la clasificación en el nivel 3 al que se refiere la recurrente argumenta que: «en el PCAP se establece el cálculo como reclama la recurrente por lo que se entiende sin sentido» refiriéndose al motivo de recurso.

En lo relativo a la alegación respecto del beneficio industrial argumenta lo siguiente: «el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato se encuentra consagrado en el artículo 197 de la LCSP2017, cuyo tenor literal es “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239.” Lo que en fondo reclama SETA es el blindaje del beneficio industrial repercutido durante la ejecución del contrato, exponiendo que se debería aumentar el precio de la sesión para cubrir costes futuros, de manera que la pérdida que pudiera ocasionarse sea soportada por la Administración, ante lo que este órgano de contratación se postula absolutamente en contra».

El órgano de contratación con relación a la actualización de las tablas salariales para el año 2025, indica que, aunque no se ha realizado como se reclama en el escrito de interposición, afirma que el 3,75% se ha aplicado al salario base y a los complementos lo que podría haberse comprobado de realizar la siguiente cuenta aritmética y comparar los resultados:

$N1\ 2025 = 9,2\ \% \text{ del S. base}'25 = \text{S. base}'25 \times 0,092.$

$N2\ 2025 = 7,2\ \% \text{ del S. base}'25 = \text{S. base}'25 \times 0,072.$

Manifiesta que dado que, a la fecha de elaboración de los pliegos, no existía ningún acuerdo aprobado ni tampoco ningún desacuerdo expreso que obligase a este órgano de contratación a la aplicación de la primera o segunda regla. En ausencia de dicha pauta, sólo se pudo prever la regla subsidiaria y garantizar al menos el 3,75%.

Alega que en cualquier caso y aplicando la segunda de las reglas del convenio para el incremento retributivo para el año 2025 el precio unitario arrojaría un resultado de 27,40 euros la sesión, por lo que concluye que, «en cualquier caso, con los cálculos realizados se garantiza el precio del contrato por el plazo de ejecución inicialmente previsto de 24 meses, pudiendo la entidad adjudicataria ejercer su derecho a no prorrogar el contrato.»



### 3. Alegaciones de la entidad interesada.

La entidad licitadora CENTRO DE ESTIMULACION PRECOZ CRISTO DEL BUEN FIN en su escrito de alegaciones afirma expresamente que se adhiere íntegramente al recurso interpuesto por la recurrente, haciendo suyos tanto los argumentos en él recogidos como las peticiones que se efectúan.

### 4. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede entrar en el fondo de la cuestión.

Como cuestión preliminar es necesario analizar el escrito de alegaciones formulado por la entidad licitadora CENTRO DE ESTIMULACION PRECOZ CRISTO DEL BUEN FIN en el presente procedimiento de recurso especial, en el que afirma expresamente que se adhiere al recurso interpuesto. Al respecto, ha de acudirse al artículo 56.3 de la LCSP que dispone que, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a las restantes personas interesadas, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. En este sentido, el escrito presentado por dicha entidad, CENTRO DE ESTIMULACION PRECOZ CRISTO DEL BUEN FIN, se ubica dentro de un procedimiento ya iniciado, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente, y su finalidad procesal es la de conocimiento como parte interesada y, en su caso, oposición a los alegatos de aquel, sin que en dicho procedimiento esté prevista la posibilidad de adhesión al recurso, lo que supondría para las personas interesadas la posibilidad -no contemplada legalmente- de ampliación del plazo de interposición del recurso. Por todo ello, este Tribunal no tendrá en cuenta las manifestaciones realizadas en el referido escrito de la entidad CENTRO DE ESTIMULACION PRECOZ CRISTO DEL BUEN FIN como alegaciones del procedimiento instruido para la resolución del presente recurso especial.

En sentido similar se ha pronunciado este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 113/2022 y 114/2022, ambas de 11 de febrero y en la 517/2023, de 20 de octubre.

Sentado lo anterior, procede comenzar mencionando que el presupuesto base de licitación y el precio del contrato se regulan en el apartado 2 del anexo I “*Características del contrato*” del pliego en los siguientes términos:

#### *«2. PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y PRECIO DEL CONTRATO (Cláusulas 3 y 4)*

*Importe unitario de licitación (IVA excluido): 28,00 €*

*Importe del IVA: Las operaciones que integran el objeto de la presente contratación se encuentran incluidas en la exención que establece el artículo 20. Uno.3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, según memoria justificativa que consta en el correspondiente expediente.*

*Importe desglosado: El desglose de los costes, con exclusión del I.V.A., es el siguiente:*

- Costes directos: 81,30%*
- o Gastos de personal: 79,08 %*
- o Gastos inmueble: 2,12 %*
- o Gastos material: 1,06 %*
- Costes indirectos (gastos generales): 13,82 %*
- Beneficio industrial: 4,88 %*
- Total: 100%*

*(...)*

*Valor estimado del contrato:*

*Método de cálculo: El valor estimado del Concierto social que se licita, calculado en su totalidad, incluyendo en el mismo el Precio Base de Licitación de los lotes que lo conforman, considerando que el plazo de ejecución de 24 meses,*



sus posibles prorrogas (hasta un total de 36 meses adicionales a los 24 meses iniciales de ejecución) y modificaciones al alza en caso de incremento presupuestario (20%).»

La partida de costes de personal se regula en el apartado 2 del citado anexo I del pliego en los siguientes términos:

«A. Costes de personal:

Se ha tenido en cuenta los costes de personal de atención directa para la realización del servicio, discriminando los distintos perfiles técnicos necesarios para la ejecución de los trabajos, y las tarifas a aplicar a cada perfil. Los requisitos de titulación o habilitación profesional necesaria para la intervención directa con la persona menor quedan recogidos en Orden de 13 de diciembre de 2016, por la que se establecen las condiciones materiales y funcionales de los Centros de Atención e Intervención Temprana para su autorización, y en el artículo 21.1 de la Ley 1/2023, de 16 de febrero.

Para la identificación de los perfiles intervinientes conforme al mercado, se ha utilizado el “XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad” (BOE n.º 159, de 4 de julio 2019), para el periodo 2019-2021, considerando los Centros de Atención e Intervención Temprana como un centro de estimulación precoz para personas con discapacidad o con riesgo de padecerla, por lo que se encuadran dentro su artículo 1.3.A). Dicho convenio, una vez que ha sido denunciado, continua en vigor hasta su sustitución por un nuevo convenio o por el laudo arbitral a que se llegara, en su caso. El coste salarial de cada perfil técnico se ha calculado teniendo en cuenta la revisión salarial para los años 2022, 2023 y 2024 del citado XV Convenio colectivo, según Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial del XV Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, publicada en el BOE n.º. 40, de 16 de febrero de 2023, a saber:

Anexo I Tablas Salariales Centros Especiales de Empleo y de los Centros Asistenciales 2022, 2023 y 2024					
Grupo profesional		Salario Base (SB)	CD N1 (9,2 %)	CD N2 (7,2%)	Salario de referencia (SB+N1+N2)
Grupo II. Personal Titulado	Titulado nivel 3	1.815,63	167,04	130,73	2.113,4
	Titulado nivel 2	1.379,88	126,95	99,35	1.606,18

En el salario de referencia quedan incluidos los dos complementos que el convenio establece en la estructura salarial que se suman al salario base. Atendiendo a las retribuciones y estructura salarial según convenio, se establecen 14 pagas salariales, para la titulación de psicología como nivel 3, considerando que cuenta además con titulación de Master en Psicología General Sanitaria, y para las de logopedia y fisioterapia como nivel 2.

Dado que las tablas salariales son para el ejercicio 2024 y que el inicio de los primeros contratos formulados bajo el amparo del presente concierto social está previsto para el 2025, se ha considerado una subida anual acumulativa del incremento mínimo del IPC recogido en el artículo 32 del convenio, fijado en el 3,75 % sobre el salario base, como se indica en el convenio. El salario de referencia se calcula a partir del salario base más los dos complementos que resultan como un porcentaje del salario base (9,2 % y 7,2 %). Asimismo, se han tenido en cuenta los posibles años de prórroga (hasta 3 años adicionales), con lo que se alcanzaría el año 2031 para algunos contratos, dado que el inicio de los últimos contratos está previsto para abril de 2026.

Al salario de referencia así calculado, se incorpora el coste empresarial en seguros sociales donde se consideran los siguientes tipos para el año 2024 según publicación realizada en la página web de la Seguridad (Bases y tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social):



(...)

*Al coste laboral, obtenido a partir de la suma de los salarios de referencia (SR) y seguros sociales (SS), se añaden costes adicionales vinculados con la prestación del servicio, estimados en un 8,5 % de los costes laborales (SR y SS), derivado de sustituciones de personal en concepto de vacaciones, bajas por enfermedad, absentismo, y otros que no están programados normalmente. Con este porcentaje se garantiza el salario de la sustitución de la persona terapeuta principal durante el periodo vacacional quedando aun un importe para el resto de sustituciones no programadas. No estando recogido en la bibliografía un análisis de los costes derivados de esta tipología de centros, este dato se obtiene de la consulta de otros estudios en el ámbito de la dependencia y residencia de mayores (Codorniu, J. M. (2005): Coste de las residencias asistidas de mayores. Barcelona), acorde teniendo en cuenta que los costes salariales se han calculado teniendo como referencia el Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.»*

A. Sobre el coste laboral no reconocido con relación a la formación específica exigida.

Como se ha manifestado, la recurrente argumenta que los psicólogos sanitarios necesitan una formación específica para trabajar en Centros de Atención Infantil Temprana (CAIT) y deberían estar clasificados en el Nivel 3, con un salario superior al contemplado en el cálculo de los costes de personal utilizado para determinar el precio unitario.

Se ha de indicar que no es objeto de controversia que el convenio colectivo de aplicación es el «XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad» (BOE n.º 159, de 4 de julio 2019)» (en adelante el convenio colectivo o el convenio colectivo de aplicación).

Pues bien, como el órgano de contratación argumenta en su informe, en el apartado 2 -presupuesto base de licitación y precio del contrato- del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), a la hora de determinar los costes de personal para el cálculo del precio unitario de la sesión se tiene en cuenta el perfil de psicólogo sanitario «grupo II nivel 3», y se recoge en el citado anexo un salario base que coincide con el establecido para este perfil en el anexo I de la Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial del XV Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Por tanto, comprobado que se ha tenido en cuenta en el cálculo del precio unitario el tipo de perfil «titulado nivel 3» que es el solicitado por la recurrente y a falta de mayor argumentación por su parte al respecto, procede la desestimación de este motivo de recurso.

B. Sobre el incremento salarial.

La recurrente en unos términos genéricos menciona que las tablas salariales del «XVI CONVENIO COLECTIVO DE CENTROS Y SERVICIOS DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD se actualizaron» pero que no lo hace el precio unitario de la sesión de la licitación por lo que se reduce el margen de beneficio industrial a niveles insostenibles, lo anterior lo une a las tablas salariales negociadas -indica- para 2025.

Sobre lo anterior, procede comenzar manifestando que el XVI convenio colectivo al que se refiere la recurrente no se encuentra todavía aprobado e inscrito, ni existe tampoco un acuerdo inscrito sobre las tablas salariales para el año 2025 cuestión que, en cualquier caso, la recurrente ni aporta ni prueba.

En lo que aquí interesa, el artículo 32 del convenio colectivo de aplicación a la presente licitación, dispone:



## «Artículo 32. Tablas salariales y revisión

### 1.(...)

*Finalizada la vigencia del Convenio, las tablas fijadas en el presente Convenio se actualizarán como determinen las partes negociadoras para periodos sucesivos de tres años conforme al IPC acumulado en el periodo anterior garantizándose en cualquier caso un incremento mínimo del 3,75 % para el periodo de tres años, sobre el salario base, independientemente de la evolución del IPC. En caso de que las partes no logren un acuerdo en el plazo de tres meses se procederá a la actualización de las mencionadas tablas aplicando un 50 % del porcentaje correspondiente al IPC acumulado al incremento del salario base y otro 50 % al incremento por igual de los niveles de desarrollo, garantizándose en todo caso un incremento mínimo del 3,75 % sobre el salario base.»*

Pues bien, conforme a los artículos 100.2, 101.7 y 102.3 de la LCSP, la adecuación a los precios del mercado del presupuesto base de licitación lo ha de ser en el momento de su elaboración (v.g., entre otras, Resoluciones 93/2019, de 28 marzo, 381/2019, de 14 de noviembre, 400/2019, de 28 de noviembre y 50/2020, de 14 de febrero, de este Tribunal).

En este sentido, el citado artículo 101.7 de la LCSP dispone que el cálculo del valor estimado del contrato, y por ende el presupuesto base de licitación, deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales del mercado, y estar referido al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato (v.g., entre otras, Resoluciones 221/2022, de 8 de abril, 253/2021, de 24 de junio, 420/2022, de 26 de agosto y 628/2022, de 21 de diciembre, de este Tribunal).

Conforme a lo expuesto, la referencia temporal que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto base de licitación es la del envío de la publicación del anuncio de licitación en el DOUE, lo que determinará cuál es la tabla salarial vigente y por tanto de aplicación, conforme a los artículos 100.2, 102.2 y 103.2 de la LCSP.

En el presente asunto, el envío de la licitación para su publicación en DOUE se hizo con fecha 7 de octubre de 2024, sin que la recurrente haya acreditado que a dicha fecha el acuerdo sobre incrementos salariales para el año 2025, cuya aplicación reivindica, haya sido formalizado por las partes, ni presentado ante la autoridad laboral ni registrado ni publicado en el diario oficial correspondiente.

Por consiguiente, se desestima la presente alegación del recurso, al no haberse acreditado las infracciones denunciadas por la recurrente respecto al cálculo de los incrementos retributivos para el 2025.

## **SEXTO. Fondo del asunto: Sobre el criterio de adjudicación relacionado con la ubicación del centro ofertado en cuanto a la zona de ubicación de la recurrente y otros centros localizados en la misma dirección postal.**

### 1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente, cuyo centro se ubica en la calle Cristo de la Sed, número 69 de Sevilla con Código Postal 41005, alega que el criterio de adjudicación recogido en el apartado 8.2 del anexo I del PCAP produce un efecto discriminatorio ya que según manifiesta *“esta disposición excluye a los centros situados en el Barrio de Nervión, dentro del Distrito Nervión, de la posibilidad de optar a los 30 puntos asignados en el criterio de adjudicación.”*

Ilustra con distintas imágenes la situación para llegar a la siguiente conclusión: *«Como puede observarse, el Barrio de Nervión, perteneciente al Distrito Nervión, ha sido excluido de las zonas que recibirían la valoración de 30 puntos*



*en los lotes licitados dentro de dicho distrito. En particular, la ubicación del Centro de mi representada se encuentra en una especie de 'isla', rodeada por las zonas que sí han sido incluidas en la valoración».*

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

En síntesis, argumenta lo siguiente: *«lo que plantea SETA en nada debería impedir la elaboración y preparación de su oferta, pues como indica, dispone de un CAIT en funcionamiento.*

*Por otro lado, respecto de la referencia realizada sobre “que los criterios de adjudicación de los contratos deben ser relevantes, no discriminatorios y deben respetar los principios de igualdad de trato y no discriminación”, indicar el criterio de adjudicación no compromete dichos principios pues no se exige que se disponga de un CAIT en funcionamiento en una determinada ubicación. Lo que se exige, entre otros requisitos de solvencia técnica, es:*

- Que se disponga de un CAIT con su preceptiva autorización de funcionamiento en la localidad de Sevilla.*
- Que bastará con que dicha autorización se hubiera solicitado antes de fin de plazo de presentación de ofertas, acreditándose en el momento de presentar, en su caso, la documentación previa a la adjudicación.*

*Por último añadir, que desde el servicio proponente se ha elaborado una configuración de lotes acorde a las necesidades detectadas, teniendo presente la proximidad de los recursos a la población menor a atender, de lo que queda reflejo en la memoria justificativa que da inicio al expediente. En cualquier caso, será la Mesa de Contratación que se constituya para la valoración de las ofertas presentadas quien resolverá cuantas incidencias pudieran surgir derivadas de dicha valoración».*

## 3. Consideraciones del Tribunal.

Según al artículo 145.5 de la LCSP *«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.»*

Por ello, la recurrente, ubicada en la calle Cristo de la Sed, número 69 de Sevilla con Código Postal 41005, entiende que el criterio de adjudicación recogido en el apartado 8.2 del anexo I del PCAP, le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad, infringiendo el citado artículo.

Conforme a dicho criterio de adjudicación automático:

*“2. Ubicación del Centro ofertado en relación con la zona a la que se ha de atender en función de su oferta. (Máximo 30 puntos). Sólo en aquellos lotes en los que se haya definido otra localidad como “zona de influencia” así como, para aquellos lotes que pertenezcan a la capital de provincia.*

*Los licitadores deberán contar con un Centro que cumpla con las condiciones exigidas en los Pliegos que rigen el Concierto Social en la zona geográfica del lote, entendiendo como tal la localidad del lote. No obstante, en aquellos lotes en los que se señale otra localidad como zona de influencia, se entenderá cumplida dicha condición de solvencia con la posesión de un Centro en la localidad del lote o en la/s incluida/s en la zona de influencia.*





(...)

Para aquellos lotes que pertenecen a la capital de provincia:

Para el caso de la capital de provincia, se entenderá cumplida dicha condición de solvencia si dispone de un centro en la localidad. No obstante, al objeto de responder a las necesidades detectadas y con el fin de acercar los recursos a la persona menor atendida protegiendo con ello el arraigo a su entorno, la localidad se ha dividido en varios lotes y estos a su vez se han fragmentado en varios lotes, para los que se ha definido una “zona” y una “zona de influencia”.

Se establece el siguiente baremo según la ubicación del centro ofertado:

- Si el centro está ubicado en la “zona” definida: 30 puntos.
- Si el centro está ubicado en la “zona de influencia” definida: 15 puntos.
- Si el centro está ubicado fuera de la “zona” o “zona de influencia”, pero en todo caso en la capital de provincia: 0 puntos.”

Los lotes en los que se divide la ciudad de Sevilla se recogen en un cuadro contenido en el apartado 2 del anexo I del PCAP, donde se incluyen entre otras, las columnas correspondientes a localidad, lote, zona y zona de influencia, en lo que aquí interesa, como sigue:

LOCALIDAD	LOTE	ZONA	ZONA INFLUENCIA
SEVILLA_BELLAVISTA_BERMEJALES	8.E.1	Barrio: Bellavista – Bermejales	CP: 41012
SEVILLA_LA PALMERA_REINA MERCEDES	8.E.2	Barrio: La Palmera – Reina Mercedes	CP: 41012
SEVILLA_CENTRO	8.E.3.a	CP: 41001	CP: 41002, 41003
SEVILLA_CENTRO	8.E.3.b	CP: 41002	CP: 41001, 41003
SEVILLA_CENTRO	8.E.3.c	CP: 41003	CP: 41001, 41002
SEVILLA_CERRO_ROCHELAMBERT	8.E.4	Barrios: Cerro-Rochelambert	CP: 41006
SEVILLA_AMATE-SANTA AURELIAPALMETE	8.E.5	Barrios: Amate-Santa Aurelia-Palmete	CP: 41006
SEVILLA_POLIGONO SUR-LAS LETANIAS	8.E.6	Barrios: Polígono Sur-Las Letanias	CP: 41013, 41006
SEVILLA_TIRO DE LINEA-LA OLIVA	8.E.7	Barrios: Tiro de Línea- La Oliva	CP: 41013, 41012
SEVILLA_MACARENA	8.E.8.a	CP: 41009	CP: 41008
SEVILLA_MACARENA	8.E.8.b	CP: 41008	CP: 41009
SEVILLA_NERVION_LA CALZADA	8.E.9.a	Barrio: La Calzada	CP: 41005
SEVILLA_NERVION_CIUDDAD JARDIN	8.E.9.b	Barrio: Ciudad Jardín	CP: 41005
SEVILLA_NERVION_LA BUHAIRA	8.E.9.c	Barrio: La Buhaira	CP: 41018
SEVILLA_NERVION_SAN ROQUESANTA JUSTA	8.E.9.d	Barrio: San Roque-Santa Justa	CP: 41018



SEVILLA NERVION_SAN PABLO SANTA CLARA	8.E.9.e	Barrio: San Pablo-Santa Clara	CP: 41007
SEVILLA NERVION_LOS ARCOS - HUERTA SANTA TERESA	8.E.9.f	Barrio: Los Arcos-Huerta Santa Teresa	CP: 41007
SEVILLA_SAN JERONIMO	8.E.10	CP: 41015	CP: 41092
SEVILLA_ESTE_COLORESENTREPARQUES	8.E.11.a	Barrios: Colores- Entreparques	CP: 41020, 41019
SEVILLA ESTE_PALACIO CONGRESOS-ENTREPUESTESJARDINES DEL EDEN	8.E.11.b	Barrios: Palacio de Congresos-Entrepuestos-Jardines del Eden	CP: 41020, 41019
SEVILLA ESTE_ PARQUE ALCOSA	8.E.11.c	Barrio: Parque Alcosa	CP: 41020, 41019
SEVILLA_TORREBLANCA	8.E.12	CP: 41016	CP: 41019, 41020
SEVILLA_ TRIANA -LOS REMEDIOS	8.E.13	CP: 41010	CP: 41011
SEVILLA (Especialista TEA)	8.E.14		

Así, en efecto, el centro que puede ofertar la recurrente no podría obtener la máxima puntuación en este criterio de adjudicación, pues la zona donde se ubica no se encuentra incluida como “zona” en ninguno de los lotes, la máxima puntuación que podría obtener sería de 15 puntos en los lotes 8.E.9.a y 8.E.9.b, por encontrarse en los que aparece su ubicación como “zona de influencia”.

Como punto de partida, hemos de señalar que los distintos tribunales de recursos contractuales, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, así como la jurisprudencia nacional y europea se han pronunciado acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas tales previsiones.

En concreto, este Tribunal se ha venido pronunciando sobre las cláusulas de arraigo territorial de los pliegos en numerosas resoluciones (v.g. Resoluciones 115/2013 y 116/2013, de 3 de octubre, 356/2015, de 22 de octubre, 84/2017, de 2 de mayo, 217/2017, de 26 de octubre, 256/2017, de 24 de noviembre, 124/2018, de 14 de mayo y 53/2019, de 27 de febrero, 174/2021, de 6 de mayo y 333/2021, de 16 de septiembre). Y en concreto, en nuestra Resolución 53/2019, de 27 de febrero, reproducida parcialmente en otras posteriores, hemos señalado lo siguiente:

*«En tal sentido, resultan ilustrativas las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, (asuntos C-158/03 y C-234/03) que trataron un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En estas sentencias, el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulneraba los principios del Tratado. Así, en el asunto C-234/03 el TJUE dispuso que “De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en*



*caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.”*

*Resulta evidente, por tanto, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificadas por razones de interés general».*

Se constata, pues, que la cuestión no es nueva y viene teniendo repercusión en la jurisprudencia europea desde hace años, como también en la nacional. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2001, (Roj: STS 82/2001) señaló, respecto a determinados criterios de un pliego aprobado por la entonces Consejería de Obras Públicas y Transporte de la Junta de Andalucía que otorgaban más puntos a los servicios prestados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que *«hay que subrayar que es principio fundamental del sistema jurídico y de la Constitución el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que aspira a que la actuación de la Administración opere con racionalidad y en defensa de los intereses generales, en desarrollo del artículo 103.1 de la Constitución, lo que también determina que (...) aparezca suficientemente adecuado al ordenamiento jurídico y explicitando las razones que determinan la selección con criterios debidamente justificados, lo que no sucede en la cuestión examinada, al primar indebidamente los criterios de proximidad territorial o de residencia en la Comunidad Autónoma Andaluza, que han sido debidamente corregidos por la sentencia recurrida, cuyos criterios procede confirmar».*

En definitiva, pues, los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificados por razones imperiosas de interés general.

Analizada la documentación remitida por el órgano de contratación a este Tribunal y la publicada en el perfil del contratante, no consta ninguna motivación que justifique la no inclusión de zona de Nervión de las ubicaciones que el PCAP considera como “zona”.

La memoria justificativa publicada en el perfil de contratante el 9 de octubre de 2024, en el apartado “2.- INFORMACIÓN RELATIVA A LOS LOTES” contiene, al respecto, la siguiente información:

*<<Tras un detallado estudio se han configurado los lotes, los cuales se determinan por la localidad. Asimismo, al objeto de garantizar la atención del servicio en los lugares donde se ha previsto la necesidad de la prestación de la Atención Temprana, se establece la siguiente distinción entre la capital de provincia y el resto de las localidades:  
(...)*

*· En la capital de provincia: con el fin de acercar los recursos a la persona menor atendida, la localidad se ha dividido en varios lotes para los que se ha definido una “zona” y una “zona de influencia.*

*Se habrán de tener en cuenta las siguientes consideraciones:*

*(...)*

*- Para aquellos lotes que pertenecen a la capital de provincia:*

- o Una entidad podrá presentar oferta si dispone de un centro en la localidad.*
- o Para los lotes en los que ha dividido la capital se ha establecido una zona y una zona de influencia, asignándose diferente puntuación en función de la ubicación del centro.*



- Podrá presentarse oferta para todos los lotes siempre que disponga de solvencia y capacidad suficientes debiendo indicar la capacidad del centro que oferte. La puntuación que obtenga en cada uno de los lotes en que presente oferta dependerá, entre otros criterios, de la ubicación del Centro.
- Si se dispone y oferta más de un centro en el mismo lote deberá indicarse la capacidad para cada uno de ellos.
- El número máximo de lotes que podrá asignarse a una misma entidad para un mismo CAIT será de 2 lotes.
- En el caso de que existieran lotes para los que no hubiera ninguna oferta admisible para su adjudicación podrá continuar adjudicándose lotes a entidades licitadoras que ya hubieran sido adjudicatarias del número máximo de lotes indicado, si aun dispone de capacidad para ello tras estas adjudicaciones, y siempre en función de la valoración obtenida (puntuación obtenida) en relación con otras entidades licitadoras en las mismas circunstancias.
- La delimitación geográfica de los distritos municipales y los barrios de la localidad de Sevilla se encuentran definidos en el SISTEMA DE INFORMACION GEOGRAFICA del Servicio de Estadística del Ayuntamiento de Sevilla.”>>

Asimismo, el apartado 9 de la citada memoria justificativa, “9. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. PARÁMETROS OBJETIVOS PARA IDENTIFICAR UNA OFERTA ANORMALMENTE BAJA.”, reproduce literalmente los términos en que se establece el criterio de adjudicación en el apartado 8.2 del anexo I del PCAP.

En consecuencia, se ha de estar con la recurrente cuando afirma que “*si bien el criterio de delimitación geográfica tiene sustento objetivo y puede servir como criterio de adjudicación evaluable, la exclusión de determinada zona dentro de la capital de Sevilla no encuentra justificación razonable y objetiva, colocando a los licitadores con centros ubicados en el distrito Nervión -como el caso del recurrente- en peor posición respecto de otros licitadores, infringiéndose con ello de forma flagrante los principios referenciados y art. 145.5 de la LCSP.*” (el subrayado es nuestro)

En definitiva, si bien la justificación razonable de este criterio no tiene que descender a todos los potenciales casos en que los licitadores pudieran verse perjudicados porque sus centros no se encuentren ubicados dentro de una determinada zona -con derecho a 30 puntos-, sino solo en una zona de influencia -con derecho a 15 puntos-, sí resulta procedente que el órgano de contratación explique de modo más detallado y concreto qué criterios ha seguido para establecer las distintas zonas y zonas de influencia dentro de un lote, a fin de que los interesados puedan conocer con carácter previo los parámetros tomados en consideración para efectuar dicha distribución.

Por lo anterior, procede la estimación de este motivo de recurso en los términos indicados.

**SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre el motivo de impugnación relacionado con la configuración del criterio de adjudicación de aplicación mediante fórmulas denominado: Oferta ratio de personal/menores atendidos. Sobre la subcontratación del servicio de fisioterapia.**

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

Argumenta lo siguiente: «Los criterios establecidos para la ratio de profesionales en los centros de atención temprana solo contemplan a los profesionales básicos (logopedas, psicólogos sanitarios y fisioterapeutas), excluyendo a otros profesionales igualmente relevantes en la atención temprana, tales como pedagogos, psicopedagogos e integradores sociales. Además, la experiencia en atención temprana solo se computa del equipo básico sin considerar a estos otros profesionales ni la experiencia acumulada del centro en la prestación de servicios concertados con la Junta. Esto representa un cambio respecto a años anteriores y es, en nuestra opinión, contrario a los principios de igualdad y eficacia en la atención a los menores y sus familias. Teniendo en cuenta que este hecho



*provoca una rebaja de la calidad en los servicios prestados puesto que ya no se tiene en cuenta un equipo multidisciplinar y que tenga toda la calidad para la prestación del servicio».*

Por otro lado, con relación a la posibilidad de subcontratación prevista en el apartado 10 del anexo I del PCAP, manifiesta que no considera viable ni adecuado la subcontratación del servicio de fisioterapia, argumenta que ello puede poner en riesgo la continuidad y calidad del servicio dado que a su juicio la atención de estos profesionales se debería realizar a través de personal contratado por el propio centro para garantizar un control adecuado y una mejor relación con los usuarios.

## 2. Alegaciones del órgano de contratación

En su informe manifiesta lo siguiente: *«El PCAP establece que se valorará con hasta un máximo de 25 puntos la ratio del número de menores atendidos por cada profesional del equipo básico (Ratio = profesional / menor), es decir, terapeutas con las titulaciones de Psicología, Logopedia y Fisioterapia, en función de la dedicación de cada uno de estos profesionales al contrato.*

*Como relata la recurrente, en licitaciones anteriores para el cálculo computaba todo el equipo de terapeutas y no sólo los integrantes del equipo básico, de ahí su descontento. Esta novedad introducida no es caprichosa y está colmada de justificación objetiva:*

*1. El servicio debe ser ejercido por personal con las titulaciones de fisioterapia, logopedia y psicología, que conformarán el equipo básico en virtud de lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 1/2023, de 16 de febrero, por la que se regula la atención temprana en la Comunidad Autónoma de Andalucía y el artículo 4 de la Orden de 13 de diciembre de 2016, por la que se establecen las condiciones materiales y funcionales de los Centros de Atención Infantil Temprana para su autorización.*

*2. Este criterio se halla directamente vinculado con la atención y calidad en el servicio, pues conlleva que un profesional atienda a un mayor o menor número de personas menores. Cuanto menor sea el número de personas menores, la dedicación y atención surgidas se presupone más alta.*

*3. Establecido así, sólo con los integrantes del equipo básico, el ofrecimiento de una Ratio baja (hacia el 1/17) mejora directamente la calidad del servicio pues son esas las titulaciones que deben prestar el mismo.*

*El equipo multidisciplinar al que refiere la recurrente es el propio equipo básico, como así se recoge en el artículo 21 de la Ley 1/2023:*

*“Artículo 21. Composición y funciones de los Centros de Atención e Intervención Temprana*

*1. Cada CAIT ha de contar, como mínimo, con un Equipo Básico de Intervención Temprana, en adelante equipo básico, de composición interdisciplinar, que intervendrá directamente con la persona menor, la familia y el entorno. Estará compuesto por profesionales con la titulación y habilitación necesarias para el ejercicio en las áreas de Psicología, Logopedia y Fisioterapia. El equipo básico podrá ser complementado con otras personas profesionales de las áreas recogidas en el artículo 18.5, sin que estos profesionales formen parte del mismo”.*

*Bien es cierto que la ley establece que dicho equipo podrá ser complementado con otras titulaciones, hecho permitido y así recogido en el PCAP. Sin embargo, lo que la recurrente pelea es que estas otras titulaciones puedan computar en el cálculo de la Ratio, cuestión que ya se ha explicado por qué el órgano de contratación, basándose en la memoria justificativa emitida por el servicio proponente, ha considerado más acertada la nueva valoración para el cumplimiento del fin perseguido: la prestación de un servicio de calidad en virtud de lo establecido en la letra e) del artículo 15 del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.*

*En relación a la alusión realizada sobre la falta de valoración de “la experiencia acumulada del centro en la prestación de servicios concertados con la Junta” se indica que esta experiencia no debe ser computada como criterio de valoración pues no aporta valor añadido a la oferta en sí, dado que la prestación la realizan las personas terapeutas y en ese sentido se valora, quedando la experiencia de la entidad como requisito de solvencia técnica como se recoge en el PCAP».*



Finalmente, con relación a la posibilidad de subcontratación del servicio de fisioterapia prevista en el PCAP el órgano de contratación manifiesta que lo que la recurrente vierte es más una opinión que una alegación fundada, en este sentido argumenta: *«No hay que olvidar que la persona contratista tiene siempre la responsabilidad de ejecutar todo el contrato en los términos pactados y que deberá comunicar al órgano de contratación la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante de la subcontratista, justificando suficientemente la aptitud de ésta para ejecutarlo y acreditando que la misma no se encuentra incurso en prohibición para contratar de acuerdo con el artículo 71 de la LCSP, debiendo igualmente notificar cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre las nuevas personas subcontratistas.*

*Asimismo, toda persona subcontratista deberá ser informada de las obligaciones que la contratista principal ha adquirido para la ejecución del contrato que le afecten directamente y/o tenga que cumplir, y especialmente, las condiciones especiales de ejecución, la sumisión a la normativa laboral, social, medioambiental cuyo cumplimiento ha de garantizar.*

*El alcance de la subcontratación y los términos exigidos para esta se encuentran recogidos en la cláusula 16 del PCAP y en el apartado 10 de su anexo I».*

### 3. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha indicado la recurrente viene a cuestionar la configuración del criterio de adjudicación de aplicación automática denominado *«1. Oferta ratio profesional / menores atendidos. (Máximo 25 puntos)»* y en el que se valora la ratio del número de menores atendidos por cada profesional del equipo básico. Impugna que para el cómputo de esta ratio no se tengan en cuenta otros profesionales además del citado equipo básico (logopedas, psicólogos sanitarios y fisioterapeutas) excluyendo a pedagogos, psicopedagogos e integradores sociales. Sin embargo, la recurrente no invoca un precepto jurídico que se haya conculcado con la configuración actual del criterio de adjudicación, en este sentido, parece que la recurrente impugna la configuración no porque infrinja un precepto legal concreto, sino porque dicha configuración no le parece la más correcta.

Sin embargo, como venimos señalando en nuestras resoluciones, este Tribunal no puede desvirtuar con razonamientos jurídicos la motivación técnica que da cobertura a la determinación del objeto contractual o a alguna de sus prescripciones técnicas (v.g. Resolución 111/220, de 14 de mayo) Asimismo, es doctrina consolidada de este Tribunal y del resto de órganos de resolución de recursos contractuales que el poder adjudicador goza de un ámbito de libertad y discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato. En este punto, se ha de acudir a la reiterada doctrina acuñada por este Tribunal (v.g., entre otras, Resoluciones 249/2016, 295/2016, 203/2017, 104/2018, 109/2018, 158/2018, 189/2018, 144/2019, 146/2019 y 230/2020) conforme a la cual es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

Asimismo señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g., entre otras muchas, las Resoluciones 244/2016, 362/2022 y 812/2022), que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la Administración, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28.1 y 99 de la



LCSP. Por ello, señala el citado Tribunal que la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que persigue. Y concluye que no deben olvidarse, pues, las amplias facultades del órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual, gozando de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar.

Por último, en términos parecidos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) al señalar que el poder adjudicador dispone de una amplia libertad de apreciación respecto de los elementos para tener en cuenta a la hora de decidir la adjudicación del contrato siempre que respete los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

Por ello, entendemos que, en principio y atendiendo a las alegaciones de la recurrente, la forma de valorar las ofertas en función de la ratio profesional/menor atendido, entronca dentro de la discrecionalidad de la Administración. Así cualquier otro planteamiento técnico distinto al del órgano de contratación supone una argumentación paralela a la del mismo, que no podrá prevalecer sobre la de dicho órgano al que se presume imparcial y conecedor del interés público que satisface el contrato.

Por otro lado, la recurrente argumenta que la valoración de la experiencia solo se computa respecto del equipo básico sin considerar a estos otros profesionales que han sido anteriormente mencionados, lo que supone un cambio respecto de licitaciones anteriores. Manifiesta que este cambio es contrario a los principios de igualdad y eficacia en la atención a los menores y sus familias, porque este hecho provoca una rebaja en la calidad de los servicios.

La recurrente no concreta a lo que se refiere, si bien este Tribunal infiere que se está manifestando con relación al criterio de adjudicación mediante fórmulas: *«3.4. Experiencia del equipo básico presentado, en los términos establecidos en el presente pliego, por encima de los nueve años exigidos como solvencia técnica o profesional. (Máximo 10 puntos): Para el cálculo de la experiencia del equipo básico presentado, se tendrá en cuenta únicamente a las personas profesionales que conforman el equipo básico (esto es, a los y las terapeutas con las titulaciones de Fisioterapia, Logopedia y Psicología que serán los encargados de realizar el servicio, así como a los y las profesionales de fisioterapia que, en su caso, se hayan subcontratado)».*

Sobre esta alegación, este Tribunal tampoco detecta que la recurrente alegue una infracción concreta del ordenamiento jurídico, ya que se realizan alusiones genéricas a principios pero no se desarrollan los motivos por los que se invocan, por ejemplo, se indica que la redacción actual del criterio conculca el principio de igualdad pero no se desarrollan los motivos por los que se violaría dicho principio, teniendo en cuenta que el criterio de adjudicación se aplica a todos los licitadores por igual, por lo que no se infiere directamente el motivo de impugnación, desde una perspectiva jurídica. Parece que el argumento más concreto que alega es que la regulación actual del criterio de adjudicación diferiría con el de licitaciones anteriores.

Por un lado, este Tribunal considera que la recurrente realiza una alegación genérica, no concreta ni los preceptos concretos conculcados, ni desarrolla los motivos por los que invoca determinados principios, por lo que este Tribunal concluye que el motivo de recurso adolece de suficiente fundamentación sin que este Órgano pueda suplir a la recurrente en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. Es decir, es la recurrente la que debe demostrar que el órgano de contratación ha incurrido en un concreto error.

Por otro lado y con relación a las licitaciones anteriores, este Tribunal ha manifestado en otras ocasiones, (v.g. Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto, 61/2019, de 7 de



marzo, 79/2019, de 21 de marzo, 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio, 257/2019, de 9 de agosto, 250/2020, de 16 de julio y 340/2020, de 15 de octubre, entre otras), el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales.

Las mismas consideraciones procede realizar con relación al motivo de recurso contra la posibilidad de que se permita la subcontratación del servicio de fisioterapeuta recogido en el apartado 10 del anexo I del PCAP. Efectivamente, en dicho apartado en términos generales no se permite la subcontratación y se exige que la totalidad de la prestación tenga que ser realizada por el contratista a excepción, únicamente, de las tareas propias del profesional de fisioterapia que sí podrán ser objeto de subcontratación. La recurrente manifiesta que no considera ni viable ni adecuado dicha subcontratación, por motivos de la calidad del servicio. Sin embargo, como indicamos, la recurrente no invoca un precepto concreto de la LCSP que considere infringido, ni fundamenta desde una perspectiva jurídica la ilegalidad de la previsión del pliego, más bien, cuestiona la oportunidad de la posibilidad de que se contemple la subcontratación de esta parte de la prestación objeto del procedimiento de licitación. Sobre lo anterior, se ha de entender reproducida la doctrina sobre libertad del órgano de contratación para definir el objeto contractual, así como la necesidad de que la recurrente fundamente de forma adecuada y suficiente el objeto de la impugnación.

Por lo anterior procede la desestimación de este motivo de recurso.

#### **OCTAVO. Fondo del asunto: sobre el criterio de adjudicación relativo a la bolsa de sesiones anuales sin contraprestación económica.**

##### 1. Alegaciones de la asociación recurrente.

La recurrente cuestiona la forma en la que están configuradas en el PCAP una de las mejoras. En concreto se refiere a la recogida en el anexo I del PCAP apartado 3.1. «Oferta de bolsa de sesiones anuales a disposición de la Consejería de Salud y Consumo, sin contraprestación económica. (Máximo 20 puntos)» sobre la que se indica en el PCAP lo siguiente:

*«Se valorará la oferta de una bolsa de sesiones anuales ofertadas sin contraprestación económica, en proporción directa al número de sesiones que se oferten para cada lote al que se licite, de forma que se otorgará el máximo de los puntos previstos en este apartado, 20 puntos, a las entidades licitadoras que oferten una bolsa de sesiones sin contraprestación equivalentes a un diez por ciento (10%) del número de sesiones anuales del lote. El resto de las ofertas por debajo de esta proporción, se valorarán en función del porcentaje que la oferta de la bolsa de sesiones suponga sobre las ofertadas para el lote, otorgándose los puntos que ese porcentaje suponga. Esta bolsa de horas sin contraprestación económica se sumará a las ofertadas por los licitadores a la hora de establecer el baremo para justificar su solvencia.*

*En su caso, estas sesiones ofertadas quedarán consignadas en el Sistema de Información de Atención Infantil Temprana, y se facturarán a coste 0, debiendo quedar reflejadas así en la factura que se emita. Esta bolsa anual quedará a disposición de la Consejería de Salud y Consumo desde el inicio de la ejecución y se repartirá en partes iguales a lo largo de 12 meses».*

Argumenta que la misma es inaceptable y que repercute de manera directa y negativa en la sostenibilidad de los centros de atención temprana comprometiendo su capacidad para prestar servicios de calidad.

##### 2. Alegaciones del órgano de contratación





Realiza las siguientes alegaciones en su informe sobre este motivo de recurso: «Lo que se refiere como un criterio de adjudicación se plantea realmente como una mejora de la prestación. En primer lugar, los términos exigidos para el establecimiento de una mejora que la recurrente recoge en su escrito de interposición (autorizadas por el órgano de contratación, guardar relación con el objeto del contrato, mencionadas en el anuncio y pliegos, detallados su requisitos y modalidad, y carácter accesorio) se cumplen en todas y cada una de las mejoras recogidas en el PCAP. Las mejoras contempladas a su vez, se han repartido entre mejoras relacionadas con la prestación, por su vinculación directa con el servicio, y otras mejoras.

Efectivamente, el precio no se establece como un criterio de adjudicación, entendiéndose por tanto, que cualquier mejora de la oferta que pueda realizarse repercute en la calidad del servicio, lo que no es óbice para establecer como mejora la oferta de sesiones sin contraprestación económica dado que el precio del contrato es el mismo (28 € sesión realizada), no hay obligación alguna en su ofrecimiento, como tampoco es óbice para que otras entidades puedan presentar esta mejora, y podría resultar ventajoso para la administración en lo que se refiere al cumplimiento último del servicio, la atención de los menores, porque la Consejería de Salud y Consumo cuenta con un presupuesto limitado para dedicar al servicio y supondría que algunas entidades podrían asumir un número mayor de sesiones sin aumentar el gasto público.

De esta forma, se ha tenido en cuenta que puede haber entidades en las que confluyan circunstancias que puedan abaratar el precio de la sesión, por ejemplo, como consecuencia de la cesión gratuita del inmueble en el que se ubica el CAIT, de la que sólo se puede beneficiar la Administración con el ofrecimiento de esta mejora. No obstante, relativo a esta mejora, se ha establecido un parámetro objetivo para la identificación de ofertas anormalmente bajas con el objeto de no desvirtuar la licitación».

### 3. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes procede entrar en el fondo de la cuestión que se centra en la configuración de una de las mejoras establecidas en el PCAP, la referente a la bolsa de horas sin contraprestación.

Como se ha reproducido anteriormente la recurrente se refiere al apartado 3 que se encuentra ubicado dentro de los criterios de adjudicación que se recogen en el anexo I del PCAP, que se refiere a «3. Mejoras de la oferta relacionadas directamente con la prestación».

Así se configura la mejora: «3.1. Oferta de bolsa de sesiones anuales a disposición de la Consejería de Salud y Consumo, sin contraprestación económica. (Máximo 20 puntos)» en la que, según se indica, se otorgará la máxima puntuación a las entidades licitadoras que oferten una bolsa de sesiones sin contraprestación equivalentes a un 10% del número de sesiones anuales del lote y el resto se valoran en función del porcentaje que oferten, respecto del número total de horas del correspondiente lote.

Comienza el órgano de contratación en su informe respondiendo a las alegaciones de la recurrente manifestando lo siguiente: «Lo que se refiere como un criterio de adjudicación se plantea realmente como una mejora de la prestación». Procede pues analizar la doctrina de este Órgano sobre la naturaleza de las mejoras para abordar lo alegado.

Pues bien, este Tribunal tiene asentada una doctrina sobre esta cuestión. Cabe citar, entre otras muchas, las Resoluciones 231/2020, 276/2022, 475/2022 y 57/2023. La primera de ellas señala lo siguiente:

«En el supuesto analizado, el PCAP parte de un número anual de horas que sirve como base para la determinación del presupuesto base de licitación. Así pues, siguiendo el criterio expuesto en la resolución parcialmente transcrita, el



*criterio de adjudicación consistente en la bolsa de horas para limpiezas extraordinarias por encima de ese mínimo necesario establecido en el pliego no constituye una mejora en el sentido del artículo 145.7 de la LCSP al no tratarse de una prestación adicional y distinta a la definida en el contrato, ni por tanto le resulta de aplicación la regulación prevista en el precepto legal para las mejoras.*

*Cuestión distinta –y esto nos lleva al análisis de la segunda cuestión- es que, como criterio de adjudicación, la bolsa de horas deba ajustarse a los requisitos legales previstos en el artículo 145.5 del citado texto legal, conforme al cual “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 (...).” Obviamente, el adecuado cumplimiento de este apartado 5 del artículo 145 de la LCSP exige que el criterio analizado posibilite una oferta viable, racional, ajustada a la realidad y proporcional al objeto del contrato, de modo que este no quede desnaturalizado o desvirtuado en su esencia con proposiciones descabelladas e irreales que, con el único propósito de obtener la máxima puntuación, nunca puedan hacerse efectivas en su integridad durante la ejecución del contrato.*

*Así pues, el criterio se adecuará o no a los postulados del precepto legal en función de que el pliego establezca mecanismos que permitan controlar la viabilidad material y racionalidad de la oferta, evitando proposiciones descabelladas e irrealizables, tal y como denuncia la asociación recurrente».*

De lo anterior, efectivamente, se deduce que el criterio relativo a la bolsa adicional de sesiones no puede considerarse una mejora como tal, dado que no nos encontramos con una prestación adicional y distinta a la definida en el contrato por lo que en realidad es un criterio de adjudicación que debe ajustarse a los requisitos anteriormente establecidos y que quedan recogidos en el artículo 145.5. de la LCSP.

Por otro lado, como se ha mencionado, la formulación de un criterio de adjudicación debe garantizar que sea posible la presentación de ofertas realizables y viables estableciendo mecanismos que permitan controlar la razonabilidad de las mismas. Uno de dichos mecanismos puede ser el establecimiento de parámetros para la detección de ofertas anormales o desproporcionadas como, en principio, ocurre en el presente supuesto.

Efectivamente, se establece un parámetro para considerar ofertas anormales o desproporcionadas que queda configurado de la siguiente forma: «En lo referente a la bolsa de sesiones a disposición de la Consejería de Salud y Consumo, sin contraprestación económica, se considerará oferta anormalmente baja la proposición de una bolsa superior al diez por ciento del número de sesiones ofertadas para la licitación (exceptuando redondeos al alza de ese diez por ciento)».

En este sentido, se puede fácilmente concluir que queda establecido un tope a la mejora consistente en un número de sesiones gratuitas equivalente al 10% del total de sesiones al lote al que la entidad haya licitado, siendo en el caso en el que un licitador oferte un número superior a ese 10% de sesiones -que se pone como tope de puntuación- que entraría el parámetro para considerar que la oferta es anormal o desproporcionada. En este sentido, y en un análisis preliminar sobre la utilidad del citado parámetro, se debe apuntar que, en principio, carecería de lógica para un licitador ofertar un número superior de sesiones gratuitas al máximo establecido para obtener la puntuación. Es decir, que solo sería en el supuesto en el que el licitador ofertara sesiones adicionales al 10% -sin obtener por ello puntuación- que incurriría en el parámetro de anormalidad y tendría que justificar la viabilidad de su proposición.



Analizando el mecanismo de detección se comprueba que el mismo parece responder más a dar cumplimiento formal a la necesidad de establecer límites en el criterio de adjudicación que a la finalidad material de controlar proposiciones de contenido irrealizable, dado que como anteriormente se ha avanzado el parámetro detecta ofertas que incluyan sesiones gratuitas por encima del límite establecido para obtener la máxima puntuación, lo que parece un escenario poco probable. Es decir, en principio, el parámetro no va a permitir comprobar si las ofertas son viables económicamente ante otros escenarios más probables como, por ejemplo, una determinada desviación de una proposición con relación a las otras. Motivos por los que se concluye que el mismo no resulta válido.

Sentado lo anterior, se debe analizar los efectos del otro límite establecido, el relativo al límite de sesiones al que se le otorga la puntuación máxima. Así, si bien como hemos indicado en diversas ocasiones, por ejemplo, en las resoluciones anteriormente mencionadas, resulta correcto el establecimiento de mecanismos que permitan controlar la proporcionalidad y viabilidad de los criterios de adjudicación, el establecimiento de una puntuación máxima situada en el 10% de las sesiones que corresponden a cada lote produce un efecto diana en los licitadores siendo probable que los mismos traten de incluir la bolsa en el tope establecido para obtener la máxima puntuación en el criterio de adjudicación.

Procede pues, analizar la proporcionalidad del límite establecido en el criterio de adjudicación teniendo en cuenta la máxima puntuación otorgable, es decir, estudiar si en principio sería posible que atendiendo al precio-sesión un licitador pudiera incluir un número de sesiones gratuitas para el órgano de contratación que representasen el 10% de los lotes, sin que ello pudiera hacer inviable o irrealizable la oferta, más en el presente supuesto, en el que como hemos indicado una proposición que presente el 10% de sesiones gratuitas con relación al lote al que se presente no se encontraría incurso en anomalía y por lo tanto no tendría que justificar la viabilidad de su proposición.

En este sentido, y a modo de orientación para determinar la proporcionalidad del criterio de adjudicación relativo a la bolsa de sesiones gratuitas, es necesario comprobar si sería posible ofertar dicho número de sesiones (el 10% de las sesiones del lote) a cargo del beneficio industrial, es decir, podríamos sostener que el criterio es proporcionado si fuera posible que una entidad licitadora pudiera ofertar la citada bolsa de horas completa renunciando al beneficio industrial -calculado por el propio órgano de contratación al determinar el precio de la sesión- y a cambio obtuviera la máxima puntuación -20 puntos-, quedando en su ámbito de decisión si hacerlo o no, pero siendo en cualquier caso posible.

Para ello, se ha procedido a calcular la repercusión sobre el precio hora o sesión que tendría para un licitador ofertar el 10% de las sesiones gratuitas que, en términos generales, supone ofrecer un 10% del coste/hora descontada el beneficio industrial sin obtener una contraprestación económica por ello. En este sentido, este Tribunal considera que ello solo sería en principio admisible si, como indicamos, un licitador renunciando al beneficio industrial -calculado por la propia Administración- pudiera ofertarlo en su proposición. En este supuesto, atendiendo a los propios cálculos realizados por la Administración ello no sería posible dado que el beneficio industrial supone un 6% del conjunto de los costes y el de la bolsa de sesiones adicionales podría llegar hasta un 10%, por tanto, atendiendo a los propios cálculos del órgano de contratación solo entidades que tuvieran características singulares como la que señala el órgano de contratación, como un inmueble cedido, podrían quizás por ahorros en otras partidas llegar a ofertar el citado 10% lo que como indicamos sería dar desde el punto de partida un potencial trato favorable a unas entidades sobre otras, sin que exista una justificación o amparo legal para ello.

De lo anterior, este Tribunal concluye que no resultan justificadas o fundamentadas las alegaciones del órgano de contratación que utiliza como ejemplo de supuestos en los que se podría ofertar la mejora, el caso de aquellos



licitadores que tengan cedidos el inmueble en el que se ubica el CAIT, por las ventajas que obtendrían estos licitadores por el motivo de la cesión y el ahorro que supondría. En este sentido, este Tribunal considera que la justificación de la existencia del criterio en supuestos como el que argumenta el órgano de contratación significaría dar una clara ventaja a unos licitadores sobre otros, de forma que se conculcaría el principio de igualdad de trato entre los licitadores recogido en el artículo 1 de la LCSP, así como el de competencia efectiva recogido en el anteriormente citado 145.5. de la LCSP.

En este sentido, este Tribunal infiere que efectivamente el criterio de adjudicación relativo a la bolsa de sesiones puede resultar desproporcionado y conculcar la competencia efectiva entre los licitadores, más en el presente supuesto en el que, como hemos indicado, la configuración del parámetro de detección no controla de forma eficaz aquellas ofertas que puedan ser anormales al haberse establecido un umbral que resulta superior al propio 10% que ya de por sí permitiría potencialmente la presentación de ofertas que pudieran resultar inviables.

Procede pues, estimar la pretensión de la recurrente, siendo la configuración de los citados criterios de adjudicación cuestiones que se deberán tener en cuenta, en su caso, en una futura licitación.

#### **NOVENO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.**

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los anteriores fundamentos de derecho, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

#### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN SETA**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato denominado «Prestación del servicio de atención temprana en la provincia de Sevilla», (Expte. CONTR 2024 0000541746), promovido por la Consejería de Salud y Consumo, y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho noveno de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento, acordada por este Tribunal en Resolución MC. 131/2024, de 31 de octubre.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta 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.

