

El criterio «bolsa de horas» en la práctica

Juan Carlos García Melián

Abogado

Contratación Administrativa Práctica, Nº 175, Sección Contratación práctica, Septiembre-Octubre 2021,
Wolters Kluwer

Comentarios

Resumen

En este artículo se realiza un análisis práctico de un criterio de adjudicación que de manera genérica vamos a llamar «bolsa de horas» que se utiliza en aquellos contratos en los que la mano de obra o su cualificación tienen especial relevancia y que suele dar lugar a no pocos quebraderos de cabeza.

@jcarlosmellian **“BOLSA DE HORAS”**
EL CRITERIO DE ADJUDICACION
ASPECTOS PRÁCTICOS QUE NO HAY QUE PERDER DE VISTA



¿GRATUITAS?



La onerosidad del contrato no se ve alterada por la introducción de un criterio de adjudicación que valore horas gratuitas de trabajo, por lo que son perfectamente admisibles.

¿SIN LÍMITE?

Para evitar problemas sobre la licitud del criterio de de la mejoras, es necesario determinar los límites claros, estableciendo un máximo de horas a ofrecer o en otro caso vincular este criterio a los parámetros de anormalidad de anormalidad de la oferta.



¿REPRESENTA CALIDAD?

De forma general se reconoce que una mayor dedicación en horas a la ejecución de un contrato representa una mayor calidad en la prestación, en la medida en que como mínimo ayuda a asegurarla, particularmente cuando ese número de horas refuerzan la ejecución ordinaria del contrato



¿CONFIGURARLO COMO MEJORA O CRITERIO DE ADJUDICACIÓN?



Ambas posibilidades son admisibles si bien cumpliendo los requisitos que el artículo 145.5 LCSP exige para los criterios de adjudicación y el 145.7 para el caso de las mejoras. Puede ocurrir que configurándolas como criterio realmente se trate de una mejora (prestaciones accesorias) y en ese caso se hayan cumplir los requisitos para las mismas y respetar sus límites

¿APLICABLE A DETERMINADOS LOTES O A TODO EL CONTRATO?

Naturalmente eso va a depender de cómo se haya configurado el criterio en los pliegos. En este punto asegurarse que ni del contenido del pliego ni de los modelos anexos que lo suelen acompañar se pueda inducir a la confusión del licitador.



¿ANUAL O POR TODO EL PLAZO DEL CONTRATO?

Para evitar equívocos que no son poco frecuentes, en los pliegos debe quedar muy claro el alcance de la oferta en horas, si para todo un año o para toda la duración del contrato.

I. Introducción

En determinado tipo de contratos, particularmente aquellos en los que la mano de obra o su cualificación es especialmente relevante (limpieza, seguridad, consultoría, etcétera), no es infrecuente encontrarse de con un criterio de adjudicación que de manera genérica vamos a llamar «bolsa de horas» y que

configurado como un criterio más o dentro del de mejoras suele dar lugar a no pocos quebraderos de cabeza. Hagamos primero un ligero repaso general sobre los criterios de adjudicación en la Ley de Contratos del Sector Público (LA LEY 17734/2017), para luego centrarnos en el análisis práctico de dicho criterio.

1. Los criterios de adjudicación en general

En el establecimiento de los criterios de adjudicación, los órganos de contratación están sujetos a una serie de requisitos formales, como el predeterminarlos en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, incluirlos en el anuncio de la convocatoria de la licitación y justificarlos en el expediente.

Además de satisfacer estos requisitos de índole formal, los propios criterios deben cumplir para ser válidos algunos requisitos de índole sustancial: Deben estar vinculados al objeto del contrato, formulados de manera objetiva, es decir, 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. Por último, deben garantizar la evaluación en condiciones de competencia efectiva.

2. Las mejoras como criterio de adjudicación

Para que las mejoras puedan ser criterio de adjudicación, deberán cumplir cada uno de los siguientes requisitos:

- a.-** 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.
- b.-** Debe tratarse de prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas.
- c.-** No pueden alterar ni el objeto ni la naturaleza de las prestaciones del contrato.
- d.-** No podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento, cuando la importancia en el baremo de los criterios sujetos a juicio superen a la de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes obtenidos de la mera aplicación de fórmulas (estos últimos coloquialmente conocidos como «criterios objetivos»)

II. La «bolsa de horas». Algunas cuestiones para tener en cuenta

1. La denominación

El criterio Bolsa de horas se puede presentar bajo distintas denominaciones: En algunas ocasiones verás que se habla de «Bolsa de horas ofertadas» otras como «Bolsa de horas extraordinarias» como «Pack de horas», «Bolsa de horas de libre disposición», «Horas de más», otras directamente como «bolsa de Hora gratuita». Con algunos matices, bajo todas estas fórmulas lo que se valora de forma objetiva es un

mayor compromiso económico por parte de licitador al asumir dedicar un mayor número de horas de trabajo, normalmente sobre el mínimo preestablecido y como máximo hasta el límite que determinado en los pliegos: *«Con una puntuación máxima de X puntos. Se otorgará a la proposición que oferte el mayor número de horas la máxima puntuación, puntuando el resto en relación directamente proporcional (regla de tres) al número de horas ofertado por cada licitador»*

2. ¿Prestaciones gratuitas?

Ya en el informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se reconoce la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación. En esa línea también se han venido pronunciado los distintos tribunales de contratación. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su resolución 422/2016, también en la n.º 1042/2018 o la 1172/2020 que cita la anterior y también el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), res. n.º 79/2020, por citar algunos ejemplos, han venido sosteniendo que la onerosidad del contrato no se ve alterada por la introducción de un criterio de adjudicación que valore horas gratuitas de trabajo.

En la primera de las resoluciones citadas del TACRC, la 422/2016, además de otros aspectos, se trata el tema de la quiebra del principio de onerosidad de la prestación por una mejora por «horas de limpieza gratuitas»: *«Estimamos igualmente que la onerosidad del contrato no quiebra por la inclusión de un criterio de adjudicación que valore "horas de limpieza gratuitas", ya que la onerosidad reside precisamente en la existencia de precio cierto a cambio de un servicio, sin que el hecho de poder ofertar alguna hora gratis implique, ni mucho menos, que todo el servicio se va a realizar de manera gratuita, no existiendo a juicio de este Tribunal vulneración como entiende el recurrente-del artículo 87 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) respecto del carácter oneroso de los contratos públicos. En este sentido en nuestra Resolución 159/2016 admitimos la 13 posibilidad de valorar como mejoras "horas de limpieza gratuitas" sin que las mismas deban formar parte del precio de licitación; así señalamos que debe rechazarse, pese a lo alegado por la pretendida adición a dicho coste laboral del correspondiente al número máximo de horas extraordinarias admitidas como mejora, toda vez que, en rigor, por su propia condición de mejora, esa no es una obligación contractual ineludible y que, como tal, deba tenerse en cuenta en el cálculo del presupuesto».*

3. ¿Como mejora o como criterio de adjudicación?

Adentrémonos en las interioridades de uno de los requisitos con anterioridad señalados y que se exigen a las mejoras para que sean tenidas como tales. Que se trate de prestaciones Adicionales. Como apunta la resolución 231/2020 del TARCJA *«La doctrina de los tribunales de contratos se ha encargado de precisar que las "mejoras" a las que se refiere el artículo 145.7 LCSP (LA LEY 17734/2017) son prestaciones adicionales y distintas a las definidas en el contrato (v.g., entre otras, Resoluciones 388/2019, de 14 de noviembre, de este Tribunal y 591/2019, de 30 de mayo y 719/2019, de 27 de*

junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)». Por lo tanto, podrán considerarse mejoras solamente aquellas prestaciones adicionales no definidas en los pliegos y no todas las adicionales que excedan de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria. Distinción que sin embargo no hace el Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad de Madrid (TACCM) en la Resolución n.º 81/2019.

En cualquier caso, entendemos que esta distinción es relevante en la medida que ello va a determinar el régimen jurídico aplicable al criterio; si le son aplicables los requisitos y límites previstos en el artículo 147.7 a las mejoras o si por el contrario como criterio de adjudicación, la bolsa de horas deba ajustarse a los requisitos legales previstos en el artículo 145.5 del citado texto legal y que hemos citado anteriormente. Particularmente el que el criterio posibilite una oferta viable, racional, ajustada a la realidad y proporcional al objeto del contrato, lo que dependerá de que el pliego establezca mecanismos que permitan controlar la viabilidad material y racionalidad de la oferta, evitando proposiciones descabelladas e irrealizables. El principal de estos mecanismos no sólo consistirá en establecer el límite máximo de horas que podrán ofrecerse (que como veremos más adelante resulta ser un requisito necesario), sino particularmente mediante el establecimiento de parámetros objetivos para considerar incurso la oferta en presunción de anormalidad o desproporción, de tal manera que la oferta en su conjunto sea coherente en sus propios elementos y viable. Es el establecimiento de estos parámetros de anormalidad de la oferta o que va a permitir hacer un juicio de su viabilidad y en su caso justificar la exclusión de la misma. Porque en definitiva la superación del límite máximo de horas fijado en el pliego a lo sumo incidirá en la no valoración del criterio, pero nada más salvo que dicha superación se identifique como un valor anormal.

En cualquier caso, tal y como recuerda el Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad de Madrid (TACCM) en la Resolución n.º 81/2019, el artículo 201 de la LCSP (LA LEY 17734/2017) establece que «Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V. Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo (...)». Por lo tanto si se entendiese que las mejoras ofertadas en correlación con la oferta económica, pueden significar un incumplimiento de las obligaciones laborales o poner en peligro la correcta ejecución del contrato, el órgano de contratación podría solicitar de la empresa las explicaciones necesarias sobre el cumplimiento del mismo.

4. ¿Ofertas «Sin límite o ilimitadas»?

Ya en la anterior cuestión hemos anticipado algo de la contestación a esta pregunta; sí pero no. En general la validez de este tipo de criterios depende del establecimiento de criterios claros y precisos. Entre

ellos, que debe procurarse la existencia de límites en el número de horas que es posible ofrecer. En esta cuestión hemos identificado cierto desacuerdo en la doctrina de los tribunales de contratos. En nuestra modesta opinión, cuando no se establece un umbral máximo se está favoreciendo que los licitadores oferten horas sin límite y eso perjudica los principios de la contratación e incluso, según el criterio del TARCA en su Resolución 292/2015, se puede afectar derechos fundamentales. Los órganos de contratación, deben controlar la aplicación de este criterio para evitar que el mismo se convierta en algo que solo afecta a la puntuación de la oferta y no a su aplicación en el contrato, obviando de esta manera el objetivo de contribuir a la determinación de la oferta más ventajosa.

El TACCM en la resolución 518/2019 argumenta la nulidad de la mejora prevista en los pliegos: *«...la definición de la mejora en términos tan genéricos como mayor intensidad en el uso de las dependencias y el establecimiento de un criterio de atribución de puntuación, no simple con la concreción requerida por la LCSP (LA LEY 17734/2017). Y la no fijación de umbrales para las ofertas de estas horas adicionales distorsiona necesariamente las proposiciones de los licitadores como muestra la realidad material de las consignadas más arriba, diluyendo además el peso de otros criterios de valoración más objetivos. Si la Administración no hace estimación alguna de las horas adicionales previsiblemente necesarias no cabe ponerlas en relación con el objeto del contrato, ni determinar en qué medida contribuyen a la concreción de la proposición más ventajosa para la Administración.»* Con posterioridad, el TACCM ha reiterado este mismo criterio en sus resoluciones 527/2019 de 19 de diciembre, 234/2020 de 10 de septiembre y 278/2020.

También el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (OARC) en la resolución 21/2021, anula el criterio por la indeterminación de límites que permitan presumir la razonabilidad de las ofertas y permitir su comparación entre sí: *«es reseñable que el contrato no incluya ningún incentivo a efectuar una oferta razonable. Por un lado, no se facilita una estimación de las horas que pueden requerirse y, de otro, el número de horas que realmente necesitará el poder adjudicador es completamente incierto, incluso más allá del margen de incertidumbre implícito en cualquier criterio en el que la obtención efectiva de la ventaja valorada solo se conoce con posterioridad a la adjudicación del contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 23/2017 y 61/2020 del OARC / KEAO y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C- 19/00 (LA LEY 184911/2001), ECLI:EU:C:2001:553, y de 28/3/1995, C-324/93 (LA LEY 4080/1995), ECLI:EU:C:1995:84.). En una situación como la descrita, compensa al licitador efectuar una oferta de horas gratuitas desmesurada respecto a las necesidades del Ayuntamiento.»*

En algunos supuestos, como en el que fue objeto de la resolución n.º 051/2020, de 26 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias (TACPC), en relación a este criterio «Bolsa de horas» la ausencia de límites es únicamente aparente: *«...sí existe un límite perfectamente establecido a los efectos, toda vez que en el transcrito anexo II del PCAP, se dispone que el coste de las indicadas horas, calculado de manera proporcional al montante de la oferta económica de cada licitador, deberá ser descontado del mismo al objeto de aplicar los parámetros contemplados para la determinación de las ofertas que se encuentren incursas en presunción de ser desproporcionadas o anormales, de manera*

que, en caso de encontrarse en tal situación, el licitador que la haya formulado habrá de justificar que su propuesta es viable y suficiente para cubrir los costes de las citadas horas, so pena de resultar excluido de la clasificación final y perder toda oportunidad de obtener a su favor la adjudicación del contrato»

En la resolución 275/2019 el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias (TACPC), puntualizó que «... Esta falta de concreción de los límites de la mejora da lugar a que se traslade al licitador la facultad del órgano de contratación de definir las necesidades administrativas existentes, pudiendo aquel realizar ofertas innecesarias para la Administración contratante o que no pueden ser cumplidas, lo cual supone una quiebra del principio de seguridad jurídica. Es por ello, que aún pudiendo ser considerada la mejora, bolsa de horas sin coste para la Administración, como criterio de adjudicación, en el presente caso, no se considera suficientemente especificada al no establecerse límite alguno.»

Aún así, tanto el Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad de Madrid (TACCM) en la Resolución n.º 81/2019. Como el TARC En la Resolución n.º 20/2019 del TACRC vienen a concluir admitiendo las dificultades que ello puede crear que el mero el hecho de no establecer límite a las horas que se pueden ofrecer «..no se estima que incumpla la normativa, ni los principios de la contratación pública»

Para no quedarnos en la teoría merece la pena traer a colación la Circular 1/17, de 8 de mayo de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Extremadura, sobre criterios de valoración de ofertas susceptibles de ser utilizados en la contratación pública de servicios por los diferentes órganos de contratación de la Junta de Extremadura, que propone teniendo en cuenta las prevenciones que hemos ido señalando una redacción tipo para un criterio de bolsa de horas:

«E) DENOMINACIÓN: BOLSA DE HORAS ANUALES.

PUNTUACIÓN: hasta X puntos (máximo 10% de los puntos totales).

Se valorará la aportación de una bolsa de horas anuales, con un máximo de ____ horas (el umbral de saciedad de este criterio deberá ser inferior al 5% del tiempo total a adjudicar) de las que la Administración dispondrá libremente y sin coste alguno, para la realización de trabajos extraordinarios de _____ en _____ de las que resulte adjudicatario.

Para ello, el PPT deberá configurar la prestación por unidades de tiempo y prever las correspondientes medidas de verificación y seguimiento.

Esta puntuación se otorgará valorándose con ____ punto/s cada módulo de ____ horas, hasta X puntos.»

5. ¿Representa mayor calidad en las prestaciones?

Según el criterio del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias (TACPC) Resolución n.º 051/2020, de 26 de febrero, sí. La «bolsa de horas» constituye un claro criterio de adjudicación dirigido a garantizar la máxima calidad de la prestación cuando es preciso reforzarla, coadyuvando a alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto. En sus propias palabras: «...el criterio de adjudicación cualitativo de "bolsa de horas" se articula, no para satisfacer la necesidad que pretende cubrirse mediante la contratación de referencia, sino para garantizar la máxima calidad posible del servicio licitado, como exige el artículo 145.4 de la LCSP (LA LEY 17734/2017), en aquellas situaciones en las que las circunstancias hagan necesario reforzar la vigilancia contratada, sin que ello suponga un sobrecoste para el órgano de contratación, lo que constituye, asimismo, una medida que coadyuva a alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto consagrado por el artículo 1 de la LCSP (LA LEY 17734/2017)» En el mismo sentido, la Resolución del TACRC n.º 934/2018, citada en la resolución nº993/2019 del mismo tribunal.

6. ¿Por lotes, a la totalidad del contrato, a una anualidad o por todo el tiempo del contrato?

Con la finalidad de evitar problemas en aquellos contratos divididos en lotes es conveniente dejar perfectamente resueltas en los pliegos todas las cuestiones relativas a la aplicación de la «bolsa de horas». También en los modelos de la licitación que pueden provocar dudas, como en el supuesto resuelto en la sentencia de 5 de diciembre de 2018 del TSJ de Madrid (STSJ M 12839/2018 — ECLI:ES:TSJM:2018:12839 (LA LEY 229076/2018)) en el que se hubo de interpretar si la oferta de «bolsa de horas» lo era para uno o varios lotes, o también en el que resolvió el TARC Andaluz en la resolución 61/2019 en el que se dudaba si la oferta de número de horas se refería a un año o por la totalidad del tiempo de duración del contrato.