RE 058/2014

Acuerdo 22/2014, de 3 de abril de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por ARALIA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A, contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Gestión integral de la Residencia de Personas Mayores de Movera, en Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de septiembre de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de Aragón (BOA), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Gestión integral de la Residencia de Personas Mayores de Movera, en Zaragoza», convocado por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (en adelante IASS), contrato calificado como gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, tramitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2023, con dos posibles prorrogas de cinco años cada una, de 56 985 210,05 euros (IVA excluido).

En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos, la recurrente, ARALIA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. (en adelante ARALIA), y la empresa CLECE, S.A. (en adelante CLECE), que resultaría adjudicataria.

SEGUNDO.- Según consta en el expediente, en la sesión de la Mesa de contratación celebrada el 21 de noviembre de 2013, a la vista de las ofertas económicas presentadas y de los parámetros objetivos incluidos en el Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación (en adelante PCAP), se apreció que la oferta económica de ARALIA era «*anormal o desproporcionada*». En consecuencia, y en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 2.2.12 del PCAP y en el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se acordó solicitar a la empresa «*que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato*». Para la presentación de la documentación se le otorgó un plazo de cinco días hábiles.

Consta en el expediente que ARALIA presentó la documentación solicitada en plazo, el día 2 de diciembre de 2013.

TERCERO.- Con fecha 30 de enero de 2014 se emitió, por los responsables del Servicio de Centros y de la Sección de Calidad del IASS en Zaragoza, un informe técnico en el que se concluye que no se considera suficientemente acreditada por parte de ARALIA la viabilidad de su oferta, «*dado que, con los datos aportados por la propia empresa y los índices de revisión de precios y de aumento de ingresos, igualmente aportados por ARALIA, a la conclusión de la vigencia del contrato se producirían unas perdidas para la empresa, como mínimo de 210.663,49 euros, sin valorar los posibles costes de adecuación del proyecto a lo exigido por el Código Técnico de la Construcción, adecuación imprescindible para la ejecución del contrato*».

El 3 de febrero de 2014, se reúne nuevamente la Mesa de contratación para analizar las alegaciones de ARALIA y el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta. A la vista de ambos, la Mesa *«acuerda por unanimidad que la oferta de la empresa Aralia Servicios Sociosanitaros, S.A, no es viable, no estando en condiciones de cumplir con la ejecución del contrato… en cuanto no ha justificado la valoración de la oferta y las condiciones de la misma en los términos exigidos en el artículo 152.3 TRLCS, no garantizando el cumplimiento de la proposición presentada».*

Igualmente acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de exclusión de ARALIA de la licitación, y proponer la adjudicación del contrato a la proposición económicamente más ventajosa, en el orden establecido, que corresponde a CLECE. Acuerda también, aportar al órgano de contratación tanto las alegaciones presentadas como el informe técnico, para que éste tenga suficientes elementos de juicio, advirtiéndole asimismo sobre la posibilidad de solicitar mas informes técnicos, si lo estima conveniente.

Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa de contratación.

CUARTO.- Por Resolución de la Dirección Gerencia del IASS de 25 de febrero de 2014 se adjudicó el contrato CLECE, por un importe de 20 414 935, 76 euros, IVA excluido.

Dicha Resolución fue comunicada a las licitadoras mediante notificación de fecha de 26 de febrero de 2014. En la notificación se ponía de manifiesto la posibilidad de interponer contra la Resolución recurso especial en materia de contratación.

QUINTO.- El 14 de marzo de 2014 tuvo entrada, en el Registro General del IASS, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Guillermo Roldán Medina, en representación de ARALIA, contra el acuerdo de adjudicación del contrato denominado «Gestión integral de la Residencia de Personas Mayores de Movera, en Zaragoza».

La recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente la interposición del recurso especial. Así lo hizo el mismo 14 de marzo de 2014.

SEXTO.- El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar, sostiene que existe un error manifiesto en el informe emitido el 30 de enero de 2014 por los técnicos del IASS, sobre la justificación de la oferta desproporcionada presentada por su representada, en relación con la aplicación de las tablas salariales vigentes del VI Convenio Marco estatal de Servicios de Atención a las personas dependientes, para la determinación de los gastos de personal. Y mantiene, finalmente, que la justificación (los datos ofrecidos) por ARALIA en esta materia, «*era acorde a la realidad existente y dibujaba un marco perfectamente factible para el periodo de duración del contrato*».

En segundo lugar, y tras reconocer que incurrió en un error respecto de la estimación del coste diario por usuario en alimentación —2,4 euros por residente y día en el estudio de la oferta económica, y 3,5 euros en el escrito de alegaciones y justificación de la oferta—, que afecta a la interpretación de los técnicos del IASS; afirma que tanto con una ratio como con otra quedaría justificado un ahorro significativo en los costes

globales de manutención (concretamente en lo que se refiere a la adquisición de víveres) que avala y justifica el estudio realizado.

Finalmente, significa que existen otros ingresos (además del precio del contrato abonado por el IASS), como los de cafetería, podología y peluquería, que abundarían en la justificación de la viabilidad de su oferta económica.

Por todo ello se solicita se declare la nulidad de pleno derecho del acto que se recurre, o en su caso la anulabilidad del mismo, por considerar suficientemente justificada la oferta económica hecha por ARALIA y una vez así, acuerde retrotraer todas las actuaciones hasta el momento anterior a la adjudicación, acordando adjudicar el contrato a su mandante.

SÉPTIMO.- El 19 de marzo de 2014 el IASS traslada al Tribunal el recurso, el expediente de contratación completo, y el informe al que hace referencia el artículo 46.3 TRLCSP.

El día 19 de marzo de 2014, la Secretaria de este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.5 TRLCSP, requirió en subsanación —a la dirección de correo electrónico facilitada por la recurrente—, los defectos de que adolece el escrito de interposición de recurso especial, en concreto, la falta de firma del representante, advirtiéndole expresamente que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción de la notificación sin subsanarse los defectos, se le dará por desistida de su petición. El mismo día 19 de marzo se subsana la omisión.

El 24 de marzo de 2014, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso al resto de interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

OCTAVO.- El 29 de marzo de 2014 tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón alegaciones del representante de CLECE, en las que manifiesta que la proposición de la recurrente resulta de imposible cumplimiento por varias razones —con independencia de que no se atiene a lo dispuesto en el artículo 152.3 TRLCSP—, entre ellas, y en cuanto a la justificación de los gastos de personal se refiere, que no se incluye el concepto salarial de antigüedad, que generará el personal que se adscriba al contrato cada tres años; tampoco se tienen en cuenta los gastos de sustitución de personal, plus de nocturnidad, ni la tasa de absentismo. Respecto de los costes de alimentación, indica que el precio de 2,42 euros por persona y día ofertado en fase de recurso (no en la proposición económica), hace imposible prestar el servicio de manutención en las condiciones de calidad, seguridad alimentaría y cantidad necesarias para atender el servicio. Advierte también que no pueden ser considerados, ni aportados en fase de recurso, ingresos no previstos inicialmente en la proposición económica (ingresos que no se justifican y que se justifican sin previsión de gastos para su obtención); para finalizar poniendo de manifiesto que no existe ninguna referencia a las obras, instalaciones y equipamiento exigibles al contratista. Por todo lo cual, considera que el importe ofertado por la recurrente es insuficiente para afrontar los costes de explotación del contrato, lo que convierte a la proposición en inviable, al no garantizar el cumplimiento de las prestaciones derivadas del mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ARALIA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Como se fundamentó en los Acuerdos 52/2013 y 55/2013, de este Tribunal, el contrato debe ser calificado como contrato de servicios. En concreto, de los comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. Procede, por tanto, la interposición de recurso especial en materia de contratación, como se señala, además, en la notificación de la adjudicación.

SEGUNDO.- El recurso especial se ha planteado en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 25 de febrero de 2014, y remitida la notificación el 26 de febrero de 2014. Se ha interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la remisión de la notificación, de conformidad con el artículo 44.2 TRLCSP.

TERCERO.- Sentado lo anterior, procede entrar a analizar, con carácter general, la base del *petitum* de la recurrente, esto es, si no aceptar la justificación aportada por ARALIA en relación con su oferta anormalmente baja vulnera la normativa de la contratación pública.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo) y sus principios, y, en especial, al PCAP que, junto con el Pliego técnico, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

En este sentido, la primera cuestión a analizar es la adecuada tramitación del procedimiento de verificación de una oferta que ha incurrido en presunción de anormalidad. Como tiene reiteradamente manifestado este Tribunal, entre otros, en sus Acuerdos 5/2013 y 55/2013, la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que «...*En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato*». El artículo 55 de la Directiva 2004/18 contiene una previsión similar. El TRLCSP previene sobre la imposibilidad de adjudicar un contrato cuando «...*el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados*», y el 152 TRLCSP regula esta técnica distinguiendo en función de que exista un único criterio —precio— o varios. Igualmente, el TRLCSP ha decidido, en cumplimiento de la doctrina del TJUE (entre otras, Sentencia 27 de noviembre de 2001, Asunto Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni), que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como

anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal, requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente. Los argumentos aportados (ahorros en el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones adoptadas, condiciones favorables para la ejecución contractual, ayudas estatales otorgada sin contravenir las disposiciones comunitarias —152.3 TRLCSP—) pueden entenderse justificadores, o no, de la oferta y de sus condiciones.

En los Acuerdos 5/2013, 8/2013 y 55/2013 de este Tribunal se indica, en primer lugar, que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «*que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados*».

Esta última conclusión es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos

que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Ello motiva que el artículo 152.3 TRLCSP establezca que *«Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente».*

Y, en este sentido, como también es doctrina consolidada de los Tribunales Administrativos de Contratos, la decisión sobre si una oferta, calificada inicialmente como desproporcionada, puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora, y los informes emitidos por los servicios técnicos. Si bien, ni las alegaciones del licitador, ni los informes (que constituyen el asesoramiento técnico, y siempre que efectivamente respondan y sean reconocibles como informes técnicos) tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe valorar y sopesar adecuadamente ambos para adoptar su decisión, que deberá ser motivada, en base a ellos. De manera que, siempre y en

todo caso, la decisión debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Esto no significa libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incursa en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder, como se ha señalado, a parámetros de razonabilidad y racionalidad. El asesoramiento técnico, en consecuencia, es imprescindible y fundamental para resolver adecuadamente acerca de la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio.

Además, interesa la doctrina contenida en nuestro Acuerdo 5/2013, sobre cómo se debe realizar esta verificación, que debe garantizar la idoneidad de la oferta para preservar el cumplimiento eficaz de la prestación:

> *«Mediante el procedimiento de verificación contradictoria, se trata de comprobar, por el órgano de contratación, la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.*
>
> *El procedimiento de verificación contradictoria de justificación de una oferta, comprende, fundamentalmente, y una vez*

comprobado que se produce el supuesto de hecho merecedor de la calificación de una oferta o proposición como «anormal o desproporcionada», tres actuaciones básicas: audiencia al licitador para que justifique su oferta o proposición; asesoramiento técnico adecuado (que se traducirá en el informe pericial, o cuantos informes sean necesarios, sobre la justificación de la proposición, que acredite la razonabilidad y racionalidad de cuanto se ha justificado por el licitador); y resolución motivada (en base al informe pericial) del órgano de contratación.

El asesoramiento técnico, en consecuencia, es imprescindible y fundamental para resolver adecuadamente acerca de la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio.

Pues bien, al igual que ocurre en el régimen jurídico de la prueba pericial, los informes técnicos son de libre valoración por parte del órgano de contratación conforme a las normas de la sana crítica (artículo 348 LEC), regla, por otra parte, de universal aplicación —que rige no solamente en el proceso judicial sino también en el procedimiento administrativo—, que conduce directamente a la motivación y congruencia de las decisiones administrativas. Significa esto que a las conclusiones a las que llegue el órgano de contratación, tras valorar el informe técnico y demás informes periciales (como el aportado por el recurrente en este caso), es algo que debe tener cumplido reflejo, y cumplido raciocinio, en la resolución final sobre la admisión o exclusión de la proposición.

Es en los fundamentos de la resolución en donde procede integrar jurídicamente las consecuencias que para la adjudicación tiene el parecer del informe técnico o pericial.

Esto significa que ha de quedar explicado, razonadamente y tras un método transparente y adecuado, los fundamentos y la propia razón de ser, tanto de la propuesta, como del acto de adjudicación, a efectos de cumplir con la necesidad de acierto y con los requisitos de motivación (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2002».

El informe de los técnicos del IASS de 30 de enero de 2014, en relación a la viabilidad de la proposición de ARALIA, que cumple las exigencias

expuestas y contiene razones técnicas suficientes, concluye que no se considera suficientemente acreditada por parte de ARALIA la viabilidad de su oferta, *«dado que, con los datos aportados por la propia empresa y los índices de revisión de precios y de aumento de ingresos, igualmente aportados por ARALIA, a la conclusión de la vigencia del contrato se producirían unas perdidas para la empresa, como mínimo de 210.663,49 euros, sin valorar los posibles costes de adecuación del proyecto a lo exigido por el Código Técnico de la Construcción, adecuación imprescindible para la ejecución del contrato»*.

Por ello, la propuesta de la Mesa al órgano de contratación, adoptada en sesión de 3 de febrero de 2014, en el sentido de excluir de la clasificación la oferta presentada por ARALIA, es ajustada al ordenamiento jurídico de la contratación pública. Y se cumple, así, la exigencia de explicar razonadamente y tras un método transparente y adecuado, los fundamentos y la propia razón de ser, tanto de la propuesta, como del acto de adjudicación, a efectos de cumplir con la necesidad de acierto y con los requisitos de motivación (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2002).

En consecuencia procede desestimar el recurso por esta causa.

CUARTO.- En cuanto a la afirmación, que sostiene el recurrente, en el sentido de que existe un error manifiesto en el informe emitido el 30 de enero de 2014 por los técnicos del IASS, sobre la justificación de la oferta desproporcionada presentada por la recurrente —en relación con la aplicación de las tablas salariales vigentes del VI Convenio Marco estatal de Servicios de Atención a las personas dependientes, para la determinación de los gastos de personal—, queda claro, en el Informe

de 17 de marzo de 2014 de los mismos técnicos del IASS, que se acompaña al Informe de la Secretaria General del IASS al recurso, de la misma fecha, que no existe tal error, sino que en su proyección de gastos de personal (sobre la base de los gastos de una de sus residencias) se incluía el concepto antigüedad salarial; concepto que, junto a otros, ni fue tenido en cuenta en el estudio y cálculo de la propuesta económica, ni en su justificación. Cuestión que, por si misma, refleja el carácter especulativo de la propuesta y de su justificación.

Una consideración similar, es necesario realizar en relación a los gastos de alimentación; no sin antes recordar, como manifestamos en nuestro Acuerdo 30/2013, que la pretensión del recurrente es contraria al principio general del Derecho según el cual nadie puede alegar en su provecho su propia torpeza («*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*»).

No se puede alegar el propio error como causa o vicio de anulabilidad, principio incorporado en el artículo 110 LRJPAC, y es que el recurrente imputa un error al informe de los Servicios técnicos del IASS, que actuaron sobre la base de la información facilitada y contenida en la propuesta del recurrente, sobre la base de haber sufrido un error, que se intenta rectificar en vía de justificación de la viabilidad de la oferta. Actuación, que por si sola, bastaría para desestimar el recurso.

También hay que advertir que no puede justificarse la viabilidad de la oferta con ingresos que no fueron considerados inicialmente, que se mencionan y justifican en fase de recurso. Es decir, ingresos no previstos inicialmente en la proposición económica (ingresos que a su vez no se

justifican y que se calculan sin previsión de gastos para su obtención); no pueden ser tenidos en cuenta.

Finalmente, como señalan los informes de 30 de enero de 2014 y 17 de marzo de 2014 de los técnicos del IASS, no existe ninguna referencia a la justificación de las obras, instalaciones y equipamiento exigibles al contratista, de especial incidencia y magnitud en la correcta ejecución del contrato.

Por todo lo cual, como claramente se deduce y considera en los referidos informes, el importe ofertado por la recurrente es insuficiente para afrontar los costes de explotación del contrato, lo que convierte a la proposición en inviable al no garantizar el cumplimiento de las prestaciones derivadas del mismo.

En consecuencia procede, por lo expuesto, desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por D. Guillermo Roldán Medina, en representación de ARALIA SERVICIOS

SOCIOSANITARIOS, S.A, contra el acuerdo de adjudicación del contrato denominado «Gestión integral de la Residencia de Personas Mayores de Movera, en Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.