RE 071/2016

Acuerdo 79/2016, de 12 de agosto de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por TALHER, S.A. frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de Auxiliar de Portería para el Teatro Principal de Zaragoza», promovido por el Patronato Municipal de las Artes Escénicas y de la Imagen de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de noviembre de 2015 se publicó en el Perfil de contratante, anuncio de licitación del contrato denominado «Servicio de Auxiliar de Portería para el Teatro Principal de Zaragoza», promovido por el Patronato Municipal de las Artes Escénicas y de la Imagen de Zaragoza. El mismo anuncio fue publicado el 30 de noviembre de 2015 en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza (BOPZ). Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación y un valor estimado global de 224 085,60 euros, IVA excluido.

El anuncio consta que el plazo de presentación de ofertas finaliza el día 22 de diciembre de 2015 a las 13:00. Dicho plazo fue ampliado hasta el 8 de enero de 2016, mediante anuncio publicado en el BOPZ.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron oferta un total de siete licitadores, entre ellos la FUNDACIÓN DE PERSONAS CON

DISCAPACIDAD FÍSICA DE ESPAÑA (en adelante FUNDACIÓN DFE), que resultaría adjudicataria, y la recurrente, TAHLER, S.A. (en adelante TAHLER).

TERCERO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas (en adelante PCAPE) que rige la licitación, entre los criterios de adjudicación obtenidos a través de fórmulas matemáticas, recoge el siguiente:

«***10.- CRITERIOS DE VALORACIÓN***

Sobre una puntuación total de 100 puntos, se establecen los siguientes criterios:

10.1.- CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS (Contenido del Sobre nº 3): 70 PUNTOS.

Se realizará una valoración de los datos ofrecidos por los distintos licitadores en los modelos que figuran en el anexo 1 del presente PCAPE y que se presentarán en el sobre 3, en concreto:

Pd- Precio/hora de servicio diurno
Pn- Precio/hora de servicio nocturno

Se valorarán la mejora, a la baja, en la oferta económica anual: de 0 a 70 puntos.

La oferta económica anual de cada empresa (Oi) se obtendrá multiplicando el precio hora ofertado por el licitador para cada tipo de horas de servicio (I.V.A excluido) por el número de horas anuales a realizar para cada categoría profesional:

$$O_i = 5110 \ \frac{h}{año} \times P_d + 781 \ \frac{h}{año} \times P_n$$

A la oferta económica anual mínima le corresponderá la puntuación máxima en este epígrafe, atribuyendo la puntuación al resto de ofertas en proporción inversa a esta primera oferta, aplicando la fórmula de valoración siguiente:

$$P^a_i = \frac{70 \times Omin}{Oi}$$

donde:
Pªi es la puntuación que obtiene la empresa licitadora i en el apartado a. y Omin es el mínimo de las ofertas económicas anuales obtenidas (sin I.V.A) y Oi la oferta económica anual ofertada por el licitador i.

10.2.- CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR (Contenido del sobre nº2) Hasta un máximo de 30 Puntos.

10.2.1.- Proyecto de realización: De 0 a 20 puntos.

a) Horarios y personal adscrito al servicio de forma anual: de 0 a 4 puntos.
b) Desarrollo específico de tareas: de 0 a 2 puntos.
c) Maquinaria, incluida en el precio de la oferta, que la empresa licitadora destinará al desarrollo del servicio: 0 a 4 puntos.
d) Materiales de reposición y suministros, incluidos en el precio de la oferta, que la empresa licitadora destinará al desarrollo del servicio: 0 a 4 puntos.
e) Acciones formativas anuales que realizará el personal que desempeña el servicio: de 0 a 3 puntos.
f) Procedimientos, instrucciones operativas y formatos: de 0 a 3 puntos.

10.2.2.- Control del servicio: de 0 a 2 puntos

.-Plan esquemático de control del servicio: de 0 a 0,5 puntos.
.-Metodología: de 0 a 1 punto
.-Formatos utilizados en los procedimientos: de 0 a 0,5 puntos.

10.2.3.- Mejoras: de 0 a 8 puntos

.-Relativas a las comunicaciones desde el puesto de portería: de 0 a 3 puntos.
.-Relativas al Registro de incidencias: de 0 a 3 puntos.
.-Relativas a control de accesos y protocolos de seguridad: de 0 a 2 puntos».

CUARTO.- Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), en la cláusula primera hace referencia al objeto del contrato, y establece:

«2.2.2.- Horarios del servicio.

*Sin perjuicio de que en la contrata se considera comprendida la obligación de asistir el servicio de portería del Teatro Principal, en el más amplio sentido de la palabra, el horario general será de 8:00 a 23:00 añadiendo a este los tramos necesarios (denominadas en este pliego **horas no ordinarias**), en función de la actividad escénica del teatro que serán comunicados a la empresa adjudicataria con 15 días de antelación que pueda planificar los servicios.*

(…)

ANEXO 1: DISTRIBUCIÓN ANUAL DE HORARIOS DE TRABAJO

2.2. HORAS ESTIMADAS.

Para la estimación de las horas anuales de cada categoría se han establecido las siguientes pautas:

Teatro Principal

Servicio ordinario (8:00-23:00h.):
Diurnas: 365 días x 13 horas/día = 4.745 horas

Nocturnas: 365 días x 1 hora/día = 365 horas

Servicios no ordinarios máximos en función de programación:
(añadidos al servicio ordinario)
Diurnas: 365 horas
Nocturnas: 52 semanas x 8 horas/día = 416 horas

QUINTO.- La Mesa de contratación, en sesión de 3 de marzo de 2016, procede a la apertura del sobre nº1, solicitando la subsanación de la documentación de uno de los licitadores.

El 3 de mayo de 2016 vuelve a reunirse la Mesa y, dando por válida la subsanación requerida, procede a la apertura del sobre nº 2, que contiene la documentación evaluable mediante juicios de valor. Acuerda remitir su contenido a los técnicos correspondientes para que procedan a elaborar su informe.

SEXTO.- El 19 de mayo de 2016 se emitió Informe de valoración del contenido del sobre nº2, en el que se plasma la propuesta de puntuaciones de las ofertas. En concreto, y a los efectos del recurso, en el apartado «*observaciones*» del subcriterio *«a) Horarios y personal adscrito al servicio de forma anual»,* se especifica, en relación con la oferta de TALHER, lo siguiente: «*Se estima que se han incluido distribuciones horarias y turnos. No se incluyen CV ni perfil de contratación de personal no subrogado. No indica subrogación».*

De nuevo en las «*observaciones*», en el subcriterio *«Plan esquemático de control del servicio»* señala el técnico, respecto a la oferta de TALHER, que: *«Se incluye plan esquemático estimado adecuado».*

SÉPTIMO.- En sesión celebrada el 20 de mayo de 2016, la Mesa de contratación hace suyo el contenido del informe técnico, y procede a la apertura del sobre nº3, dando lectura de las ofertas económicas y

acordando su remisión, de nuevo, a los técnicos designados, a fin de que procedan a valorar la oferta económicamente más ventajosa.

Se comprueba por la Mesa que la oferta de FUNDACIÓN DFE se encuentra incursa en presunción de baja anormal o desproporcionada, en relación con el precio de la hora diurna, por lo que el 30 de mayo de 2016 se le requiere para que proceda a su justificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 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). El 6 de junio de 2016, FUNDACIÓN DFE presenta la justificación requerida.

OCTAVO.- El 16 de junio de 2016 vuelve a reunirse la Mesa, y queda enterada del informe técnico de 7 de junio de 2016 en que se hace constar lo siguiente, en relación con la oferta incursa inicialmente en baja desproporcionada:

> *«La Fundación argumenta en el escrito recibido sobre su propuesta presentada al procedimiento de contratación, justificando, mediante el análisis detallado, tanto las horas a realizar como los costes del precio/hora por la inclusión de una persona por un porcentaje del 69% de la jornada laboral para poder cubrir la cuantía de horas a realizar reflejadas en el Pliego. De esta forma se abarata el coste para la empresa al poder reducirse la parte proporcional correspondiente al coste de la Seguridad Social, ya que se trataría de un trabajador con discapacidad. Por lo tanto, la empresa, incrementando un beneficio industrial del 5% consigue llegar al precio ofertado por hora diurna.*
>
> *En virtud de lo manifestado anteriormente, se considera que la documentación presentada por la empresa DFE, justifica suficientemente la anormalidad del bajo importe de la oferta económica que presenta».*

En ese acto se aprueba, por unanimidad, proponer la adjudicación del contrato de referencia a FUNDACIÓN DFE, por ser la oferta económicamente más ventajosa.

NOVENO.- Mediante Acuerdo de 27 de junio de 2016, de la Junta del Patronato Municipal de Artes escénicas y de la Imagen, se adjudicó el contrato a la FUNDACIÓN DFE. Dicha resolución fue notificada a los interesados, constando en el expediente su recepción por la recurrente el 13 de julio de 2016.

DÉCIMO.- El 22 de julio de 2016 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Jorge Tenías Solana, en representación de TALHER, frente a la adjudicación del contrato a FUNDACIÓN DFE, por considerar que su oferta, incursa en temeridad, resulta de imposible cumplimiento. Se muestra también disconforme con la valoración de su propia oferta.

El 21 de julio de 2016, la recurrente anunció al órgano de contratación, la interposición del recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 TRLCSP.

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) Que la oferta presentada por FUNDACIÓN DFE, en relación al precio/hora diurno, es inviable y no está suficientemente justificada, por lo que procede su exclusión. La oferta anormalmente baja la han justificado argumentando que para las horas no ordinarias contratarán a una persona con discapacidad, lo que supondrá bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, pero la bonificación la han repercutido en el total de las horas de ejecución, en tanto no se garantiza la realización de las horas no ordinarias, sino que serán demandadas en función de la

necesidad. Entienden, además, que no se ha motivado adecuadamente la viabilidad de la oferta por los técnicos.

b) Manifiesta también su disconformidad con la valoración de la oferta técnica de su representada, pues considera que varios de los criterios sometidos a juicio de valor, no han sido correctamente aplicados por los técnicos. Así, respecto al Proyecto de Realización, afirma que, en contra de lo indicado en el informe de valoración, TALHER sí que hace referencia expresa en la propuesta técnica a la subrogación de personal, obligatoria en el Pliego. Fundamenta la no aportación de currículum en que la mayor parte del personal viene subrogado, e incluyen el currículum de diferentes profesionales de TALHER. Igualmente, en el informe de valoración consta que TALHER no incluye el perfil de contratación del personal no subrogado, y sí que lo incluye.

c) En cuanto al Plan Esquemático de Control del Servicio, argumenta que la puntuación obtenida (0 puntos) es injustificada y discordante con las otorgadas al resto de las empresas. En el informe se indica en este punto «*Se incluye plan esquemático estimado adecuado*» y, sin embargo se asignan 0 puntos, cuando a otras propuestas, con la misma afirmación, se les han asignado 0,5 puntos.

d) Considera que se han vulnerado los principios rectores de la contratación, concretamente, los de igualdad de trato y transparencia recogidos en el TRLCSP, por la subjetividad de la valoración técnica que la reviste de arbitrariedad, lo que determina la nulidad de la decisión de la Mesa de contratación, por desviación de poder.

DÉCIMOPRIMERO.- El 26 de julio de 2016, el Tribunal solicita al Patronato Municipal de las Artes Escénicas y de la Imagen de Zaragoza, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor del expediente. El 28 de julio de 2016 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

DÉCIMOSEGUNDO.- El 29 de julio de 2016 el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso a los restantes licitadores presentados al procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

El 3 de agosto de 2016 tiene entrada en el Tribunal escrito de alegaciones presentado por FUNDACIÓN DFE, oponiéndose al recurso, por considerar:

a) Que han justificado la oferta teniendo en cuenta el tenor y el sentido de las bases que rigen la licitación, en tanto que la argumentación de TALHER parte de un razonamiento no ajustado a los Pliegos, al considerar que las horas no ordinarias, al estar sujetas a una posibilidad de realización en función de las necesidades del servicio, no habrían de ser computadas en su totalidad. Recuerdan que las bases establecen un número estimativo de horas no ordinarias de 781 (365 diurnas y 416 nocturnas), respecto al cual han justificado su oferta.
b) Que el informe técnico de valoración es exhaustivo y detallado, describe la metodología aplicada y no contiene ni errores materiales ni arbitrariedad, en cuanto se ha dado un trato igual a ofertas similares. Admitir los argumentos del recurso, supondría sustituir el criterio del equipo de valoración por el particular de la

recurrente, cuando a aquél se le suponen tanto los conocimientos técnicos precisos, como la imparcialidad a la hora de aplicarlos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El acto es recurrible y el recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, dos son las cuestiones que constituyen el *petitum* de la recurrente; en primer lugar lo que consideran una falta de sustentación racional y probatoria del informe técnico en relación con la oferta anormalmente baja presentada por FUNDACIÓN DFE, cuya propuesta económica consideran inviable. En segundo lugar, la inadecuada valoración de su propuesta técnica, en dos concretos aspectos.

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 PCAPE que, junto con el PPT, 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, 55/2013 y 22/2014, 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 69 de la Directiva 2014/24/UE 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 otorgadas 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 tienen que 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».

Resulta necesario, por tanto, que el informe técnico, a la vista de la argumentación sobre la viabilidad de su oferta que presenta la empresa incursa en temeridad, incida de forma razonada y suficiente sobre las circunstancias de la anormalidad de la oferta y, en especial, sobre la viabilidad, o no, de la misma, sin que el mero hecho de superar un umbral de baja pueda justificar la decisión de excluir. Como ha señalado reiteradamente en numerosas resoluciones el TACRC (por todas, las Resoluciones 407/2014 y 256/2015), la finalidad de la

legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar, o no, a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3 *«El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...».*

En definitiva la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, sopesando las alegaciones motivadas y argumentadas formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas, ni los informes, tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos.

TERCERO.- La recurrente alega en su recurso que, la justificación de la oferta anormalmente baja por la propuesta como adjudicataria, se ha basado en el hecho de que para las horas no ordinarias contratarán a una persona con discapacidad, lo que supondrá bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. Pero la bonificación la han repercutido en el total de las horas de ejecución, en tanto no se garantiza la realización de las horas no ordinarias, sino que serán demandadas en

función de la necesidad. Entienden, además, que no se ha motivado adecuadamente por los técnicos la viabilidad de la oferta.

El informe de los técnicos de la Sociedad Cultural, de 7 de junio de 2016, en relación a la viabilidad de la oferta (con el contenido esencial que se reproduce en el antecedente de hecho octavo de este Acuerdo), ratificado por el que los mismos técnicos emiten el 27 de julio de 2016 con ocasión del recurso interpuesto, concluye la viabilidad de la oferta en el hecho de incorporar un trabajador con discapacidad —con la consiguiente bonificación en las cuotas de la Seguridad Social— para cubrir el horario y las prestaciones exigidas. Es decir, a diferencia de lo que afirma TALHER en su recurso, las horas no ordinarias previstas en la licitación (que no extraordinarias), lo factible es que se realicen en su integridad, al estar vinculadas a la actividad escénica del Teatro, que evidentemente se va a producir, pues es la esencia de su actividad. Por otra parte se destaca la escasa desproporción de la oferta, que difiere solo en 0,03 puntos porcentuales del precio medio estimado normal.

En ese sentido, la justificación de la viabilidad de la oferta por FUNDACIÓN DFE, que se aporta en el expediente, analiza con rigor y detalle las exigencias de los Pliegos de horario, personal (principal coste del servicio), y el resultado de costes. Y llega a la conclusión de que el personal requerido es de 3,29 trabajadores. Como el personal a subrogar es de 2,61 trabajadores, opta por incrementar la plantilla, asignando una persona discapacitada con el 69% de jornada, a la que se le aplicarán las bonificaciones mencionadas. Trabajador que expresan completará su jornada con otros servicios que presta la Fundación a terceros. Y esta justificación es la que sintetizan y dan por válida los técnicos en su informe de viabilidad, que no requiere, en este caso, de más motivación que la que contiene.

Por ello, la propuesta de la Mesa al órgano de contratación, adoptada en sesión de 16 de junio de 2016, en el sentido de elevar propuesta de adjudicación a favor de FUNDACIÓN DFE, 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). Estas actuaciones no quedan desvirtuadas por los argumentos mantenidos por la recurrente respecto a este motivo de recurso.

En consecuencia procede desestimar el recurso por este motivo.

CUARTO.- Resta por analizar el segundo motivo del recurso, relativo a la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, respecto de su propuesta.

Este Tribunal ha venido declarando, desde su Acuerdo 1/2011, que el artículo 1 TRLCSP establece como uno de su fines, el de garantizar el principio de «*no discriminación e igualdad de trato de los candidatos*». En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que «*los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia*». El principio de igualdad de trato implica, como se ha reiterado en numerosos Acuerdos, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera.

La doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en esta materia, lo hemos reiterado en muchas ocasiones, considera que los actos de la Administración Pública no pueden ser refutados o puestos en tela de juicio en base a conjeturas, sino que es preciso que, quien los discuta, aporte argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable, o con algún grado de arbitrariedad.

Como ya señaló este Tribunal administrativo en su Acuerdo 20/2015, de 9 de febrero, *«la valoración de la oferta económicamente más ventajosa supone apreciar, dimensionar y evaluar, el contenido de la misma. No resulta en absoluto sencillo identificar esa oferta, pues ello requiere ponderar, sopesar y comparar todas las ventajas de diversa índole que las proposiciones presentadas puedan reportar. Hay que evaluar aspectos diversos, frecuentemente complejos y difícilmente mesurables, así como efectuar juicios valorativos impregnados de subjetividad. Lo que significa que el intérprete de este concepto jurídico indeterminado, que es la "oferta económicamente más ventajosa", dispone de un margen de apreciación —discrecionalidad— para determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa. La oferta económicamente más ventajosa, en el régimen jurídico de la contratación, es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por el poder adjudicador contratante. Es decir, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos».*

Es doctrina consolidada de todos los órganos de recursos contractuales que la función revisora se circunscribe a verificar si se han cumplido los requisitos formales y de motivación que aporten racionalidad y

razonabilidad a la decisión de valoración aportada. Así se advirtió en nuestro Acuerdo 98/2015, de 13 de noviembre, así como en los más recientes Acuerdos 20/2016 y 36/2016, donde se recuerda que la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas es de apreciación discrecional o técnica por la Mesa de contratación, y que los Tribunales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias de las que se constate una alteración de los principios de la contratación pública. Y es que este Tribunal administrativo en modo alguno puede sustituir el juicio técnico de la Administración a la hora de proceder a la valoración de un criterio discrecional o técnico.

Así, como decíamos en nuestro Acuerdo 98/2015, de 13 de noviembre, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento; o que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Para finalizar, conviene recordar, lo hicimos in extenso en el Acuerdo 98/2015 citado, la evolución jurisprudencial que fija las condiciones y límites de la discrecionalidad técnica. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 2014, establece nuevas reglas para abordar el

control de la denominada discrecionalidad técnica, que no puede ser confundida con los aspectos de carácter técnico o de valoración técnica. La discrecionalidad técnica, y su presunción de certeza y de razonabilidad, se justifican en la especialización e imparcialidad de los órganos seleccionadores (STC 34/1995, de 6 de febrero), sin que se pueda extender sus efectos más allá de estos límites. Discrecionalidad técnica significa, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del saber especializado y, también, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

No existe en el informe técnico discrecionalidad técnica, sino conocimiento técnico propio de la pericia profesional. Límite de la discrecionalidad técnica, es que no quiebren los principios de igualdad de trato y de transparencia. De ahí que el informe técnico, como indica la STS de 24 de septiembre de 2014, debe cumplir con las siguientes exigencias: a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y; c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica.

QUINTO.- A la vista de los parámetros que acabamos de exponer, debemos analizar los motivos de la recurrente, en los que no sólo manifiesta su disconformidad con la valoración realizada por la Mesa de

contratación, sino que sustituye esta valoración y su puntuación por la propia.

En primer lugar, respecto a los horarios y personal adscrito al servicio de forma anual, la recurrente obtiene 0,5 puntos de los 4 posibles, con la explicación «*Se estima que se han incluido distribuciones horarias y turnos. No se incluyen CV ni perfil de contratación de personal no subrogado. No indica subrogación*». Frente a esta valoración, considera que en otro punto de la oferta sí recogía expresamente la obligación de subrogación, por lo que debe asignársele en este punto la misma valoración que a las restantes licitadoras. Alega que sí incluyó distribuciones horarias y de turnos y una detallada descripción de los perfiles de contratación, motivos éstos suficientes, a su entender, para haber obtenido al menos 2,5 puntos en este apartado.

Sin embargo, como señala el informe al recurso, y se acredita con el estudio de las propuestas, la Mesa de contratación valora la oferta que TALHER presenta para esta licitación y no la referida genéricamente a la empresa. Así, por ejemplo, en el apartado «*horarios y personal adscrito al servicio*», se incluye información sobre la estructura organizativa de la empresa y sus diversos departamentos, pero no el curriculum ni el perfil de los auxiliares no subrogados, que es a lo que se refiere la valoración del «*personal adscrito al servicio de forma anual*». Además, en ningún caso se ha otorgado más puntuación a las empresas que han explicitado la subrogación del personal actual, sino que este hecho se ha considerado únicamente como justificativo de la no inclusión de los curriculums de estos trabajadores.

Como manifestó este Tribunal en su Acuerdo 74/2014, de 2 de diciembre: «*No es posible valorar aquello que no se explica, ni la*

valoración puede consistir en la intuición o adivinación de lo que se quiere decir, pero no se dice».

La recurrente afirma también que en el subcriterio «*Plan esquemático de control del servicio*» señala el informe técnico, respecto a su oferta, que: «*Se incluye plan esquemático estimado adecuado*» y, sin embargo, se le ha valorado con 0 puntos. Reconocen en este punto los técnicos, en el informe al recurso, la existencia de un error material en la trascripción de las observaciones al informe, que deberían haber señalado, como en otros casos y atendiendo a la realidad, «*No se incluye plan esquemático explícitamente*», por lo que la valoración de 0 puntos es la adecuada.

A la vista de todo ello, este Tribunal administrativo considera que la valoración realizada por los técnicos designados, que hizo suya la Mesa de contratación, cumple con los parámetros señalados en el fundamento cuarto y no se aprecian errores materiales. Los parámetros sobre cómo se aplica un juicio técnico y cómo se concluye cual es la oferta económicamente más ventajosa, se cumplen en la resolución impugnada, y no se aprecia ni existen indicios de arbitrariedad en la valoración efectuada. Existe un Informe técnico motivado, con identificación y firmas, que realiza con carácter previo una descripción de la metodología a aplicar, cuyo fin es motivar y dotar de una mayor objetividad a las valoraciones; y explica de forma racional y razonable los motivos de la puntuación otorgada a cada licitador en los diferentes criterios y subcriterios. Motivación homogénea en la que no se aprecia un resultado que distorsione la competencia, ni arbitrariedad en las puntuaciones que se asignan.

En definitiva, no existe quiebra del principio de «no discriminación e igualdad de trato de los candidatos», pues se ha cumplido con la regla del artículo 139 TRLCSP.

Procede, en consecuencia, desestimar la pretensión de la recurrente en todos los aspectos impugnados.

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. Jorge Tenías Solanas, en representación de TAHLER, S.A, contra el Acuerdo de 27 de junio de 2016, de la Junta del Patronato Municipal de Artes escénicas y de la Imagen, por el que se adjudica a FUNDACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA DE ESPAÑA-DFE, el contrato denominado «Servicio de Auxiliar de Portería para el Teatro Principal de Zaragoza».

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.