



RE 126/2016

Acuerdo 3/2017, de 17 de enero de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por CLECE, S.A, frente a su exclusión en el procedimiento de licitación denominado «Servicio de Fisioterapia y Terapia Ocupacional en la Residencia Municipal Casa de Amparo», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de junio de 2016 se publicó, en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Zaragoza y en el Boletín Oficial de Aragón, anuncio de licitación del contrato denominado «Servicio de Fisioterapia y Terapia Ocupacional en la Residencia Municipal Casa de Amparo», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y con un valor estimado global de 129 975 euros, IVA excluido.

SEGUNDO.- Finalizado el plazo de presentación de proposiciones el 24 de junio de 2016, se presentan cuatro licitadores: REHAVITAL SERVICIOS DE TERAPIA OCUPACIONAL, S.L, (en adelante, REHAVITAL); EULEN – SOCIOSANITARIOS, S.A; REHABILITACIÓN, SERVICIOS SANITARIOS Y SALUD, S.L; y CLECE, S.A, (en adelante, CLECE).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El 8 de julio de 2016 se reúne la Mesa de contratación para examinar la documentación administrativa presentada por los licitadores, acuerda la admisión de REHAVITAL y la solicitud de subsanación al resto de licitadores. El 25 de julio de 2016, la Mesa de contratación, a la vista de la documentación remitida, acuerda la admisión de la totalidad de las empresas presentadas a la licitación y remitir las propuestas sujetas a evaluación previa al servicio técnico correspondiente, a fin de que emita Informe que permita a la Mesa conocer las características y ventajas de las proposiciones presentadas.

El 11 de octubre de 2016, la Mesa de contratación se reúne para dar cuenta del informe técnico y proceder a la apertura de las ofertas económicas. El informe de valoración otorga las siguientes puntuaciones:

REHAVITAL: 20 puntos

EULEN-SOCIOSANITARIOS: 8,75 puntos

REHABILITACIÓN, SERVICIOS SANITARIOS Y SALUD: 7 puntos

CLECE: 18,50 puntos

Por otra parte, las ofertas económicas de los licitadores son las siguientes:

Plica 1.- REHAVITAL SERVICIOS DE TERAPIA OCUPACIONAL, S.L. presenta una oferta de: 61.000 € (IVA excluido); 63.440 € (IVA incluido)
Plica 2.- EULEN-SOCIOSANITARIOS, S.A. presenta una oferta de: 64.800 € (IVA excluido); 67.392 € (IVA incluido)
Plica 3.- REHABILITACIÓN, SERVICIOS SANITARIOS Y SALUD SL presenta una oferta de: 59.850 € (IVA excluido); 62.244 € (IVA incluido)
Plica 4.- CLECE, S.A. presenta una oferta de: 53.846,16 €

Con estos resultados, la Mesa de contratación acuerda remitir el expediente al Servicio correspondiente a fin de que analice si existen valores desproporcionados o anormales, de acuerdo con lo recogido



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en la cláusula q) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas (en adelante, PCAPE), así como para realizar la valoración global de las proposiciones.

TERCERO.- En el PCAPE, en la cláusula q, se establece:

q) Porcentaje para presumir las bajas como temerarias.

Se considerará que una oferta es desproporcionada cuando su importe económico sea inferior al producto de la media aritmética de las ofertas presentadas por el coeficiente 0,90 calculado con arreglo a la fórmula:

Si $Of < Of_{media} \times 0,90$ se considerará desproporcionada.

Donde Of es la oferta presentada y Of_{media} es la media aritmética de las ofertas presentadas.

Si una oferta es considerada como anormal o desproporcionada se atenderá a lo especificado en el art. 152 del R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

CUARTO.- El 20 de octubre de 2016 se emite informe por el Jefe de Sección de Administración del Servicio de Servicios Sociales Especializados, que determina que la oferta presentada por CLECE incurre en oferta «temeraria». Así, se justifica que la media aritmética de las ofertas presentadas se sitúa en 59 874,04 euros y el 90% queda establecido en 53 886,64 euros, habiéndose realizado los cálculos considerando las cantidades incluidas en las ofertas económicas como exentas de IVA. La oferta de CLECE únicamente expresaba una cantidad sin detallar si incluía o no este impuesto.

Notificada a la empresa la posibilidad de estar incurso en presunción de baja desproporcionada y requerida justificación, ésta se presenta por la empresa licitadora el de 4 de noviembre de 2016. A la vista de las alegaciones formuladas, se emite informe desfavorable por el Jefe de Sección de Administración del Servicio de Servicios Sociales Especializados, de 9 de noviembre de 2016, al considerar que existe una discrepancia entre la propuesta económica realizada por el licitador y la satisfacción de los compromisos laborales preexistentes.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El 9 de noviembre de 2016 se reúne la Mesa de contratación, propone excluir a CLECE por no haber justificado adecuadamente su oferta económica y la adjudicación del contrato de referencia a REHAVITAL, por ser la oferta económicamente más ventajosa.

El 22 de noviembre de 2016 se dicta Decreto por la Vicealcaldesa y Consejera de Presidencia y Derechos Sociales del Ayuntamiento de Zaragoza por el que se excluye de la licitación a la empresa CLECE y se adjudica el contrato de «Fisioterapia y Terapia Ocupacional en la Residencia Municipal Casa de Amparo» a la mercantil REHAVITAL. El Decreto se notifica a todos los interesados, constando en el expediente el acuse de recibo de CLECE el de 2 de diciembre de 2016.

QUINTO.- El 23 de diciembre de 2016 tiene entrada, en el Registro Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Jorge Tenías Solanas, en representación de CLECE, S.A, frente al Decreto de 22 de noviembre de 2016 de la Vicealcaldesa y Consejera de Presidencia y Derechos Sociales, por el que se acuerda la exclusión de la oferta presentada por CLECE y la adjudicación del contrato de referencia a REHAVITAL. En el recurso se especifica que se recurre la exclusión aunque el acto formalmente impugnado sea el de adjudicación.

El recurso especial en materia de contratación alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) La correcta justificación de la viabilidad de su oferta, presentada en el trámite otorgado por la Mesa de contratación, así como la mínima superación del umbral de temeridad de la misma. Así, se argumenta que la justificación presentada ante el órgano de contratación contiene todos los costes que la realización del contrato exige cumple



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

todas las prescripciones contenidas en los pliegos de la licitación, y no se ha solicitado por el órgano de contratación ningún requerimiento de información adicional.

b) Su disconformidad con el informe técnico de valoración, ya que éste incurre en un error de interpretación al asimilar las horas de subrogación con el verdadero objeto del contrato que es la prestación de servicios de fisioterapeuta y terapeuta ocupacional.

c) La improcedencia de la exclusión de su oferta al no existir una resolución reforzada que rebata las justificaciones aducidas. Pone de manifiesto que el juicio de viabilidad que debió realizarse por el órgano de contratación no se contiene en la resolución de exclusión que se recurre, no analizándose en el informe técnico que apoya tal decisión la posibilidad de cumplimiento económico de la oferta y, por tanto, la ejecución de la misma.

d) Considera que existe vulneración de los principios rectores de la contratación, en concreto, el libre concurrencia e igualdad y la prohibición de la discriminación o trato desigual a los licitadores.

Por todo ello, se solicita que se estime el recurso interpuesto y se revoque el acto recurrido declarándolo nulo y retrotrayendo el expediente al momento anterior al acto recurrido, ordenando a la Administración a realizar un correcto juicio de viabilidad de la justificación presentada por la empresa CLECE. De forma subsidiaria, si lo solicitado fuera imposible, se requiere la apertura de un expediente indemnizatorio a fin de determinar la suma que le corresponde ante el hecho de resultar la legítima adjudicataria ser imposible su ejecución. En segundo lugar, se solicita la suspensión del procedimiento de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contratación hasta que no se resuelva el recurso especial en materia de contratación interpuesto.

SEXTO.- El 27 de diciembre de 2016, el Tribunal traslada el recurso al Ayuntamiento de Zaragoza solicitando, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 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), la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor de éste. Dicha documentación tiene entrada el día 30 de diciembre de 2016.

SÉPTIMO.- El 30 de diciembre de 2016 el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

El 10 de enero de 2017 tienen entrada en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón las alegaciones presentadas por D. Vicente Sierra Izaguirre en representación de REHAVITAL. El alegante pone de manifiesto la corrección de la actuación de la Mesa y del órgano de contratación. Mantiene, en síntesis que, en todo caso corresponde al órgano de contratación la decisión de si una oferta calificada inicialmente como desproporcionada puede o no cumplirse, sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora, habiéndose realizado esta valoración de forma correcta y siguiendo todos los trámites administrativos necesarios en el procedimiento de licitación del contrato de referencia.

Por otra parte, pone de manifiesto que el recurrente incurrió en errores de cálculo en su oferta que constatan la imposibilidad de prestar de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

forma correcta el servicio objeto de licitación. Por último, se alega que la oferta presentada por el recurrente no garantiza las condiciones laborales de los trabajadores que actualmente prestan servicio en la Casa de Amparo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Resulta también acreditado que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con 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; y el recurso se presenta en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen del fondo del recurso, respecto a la suspensión solicitada por el recurrente, es necesario tener en cuenta que el acto administrativo recurrido, conforme se establece en el recurso interpuesto, es el Decreto dictado por la Vicealcaldesa y Consejera de Presidencia y Derechos Sociales del Ayuntamiento de Zaragoza, en fecha de 22 de noviembre de 2016, por el que se acuerda



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la exclusión de la oferta presentada por CLECE, así como la adjudicación del contrato a favor de REHAVITAL. Por tanto, la suspensión se produce automáticamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP: *«Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación».*

TERCERO.- La cuestión objeto de recurso se concreta en determinar si la exclusión de la recurrente, por no desacreditar la anomalía de su oferta, es conforme al marco normativo y a las exigencias de los pliegos.

El artículo 87 TRLCSP dispone que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que *«Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados».* El concepto «precio general de mercado» utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración. Y, cuando el precio ofertado resulta anormal, y así se ha previsto en los pliegos, debe acreditarse la viabilidad de la oferta para preservar la correcta ejecución del contrato.

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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 *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.

Asimismo, el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE dispone que se podrá excluir a las ofertas que resulten anormalmente bajas. Y para constatar la adecuación se determinan en el artículo 69.3 los siguientes criterios:

- a) el ahorro que permite el método de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
- b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;
- c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

d) el cumplimiento, al menos de forma equivalente, de las obligaciones establecidas en el artículo 18.2 (principios) y 71 (subcontratación) de la Directiva y, por último;

e) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Esta cuestión de la anomalía y su regulación ha sido analizada en numerosos Acuerdos de este Tribunal administrativo. En los Acuerdos 3/2013 y 5/2013 del TACPA se indica que, en primer lugar, 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*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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».

Esto no significa libertad del órgano de contratación para admitir (o rechazar) sin más, una oferta incurso 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 de forma expresa —lógicamente— por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación tampoco debe reproducir, sin más, el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

También interesa recordar la doctrina adoptada por este Tribunal administrativo sobre cómo se debe realizar esta verificación, que debe garantizar la idoneidad de la oferta para preservar el cumplimiento eficaz de la prestación (Acuerdos 5/2013 y 89/2015):

«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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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).

(...)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por ello, no existe libre decisión administrativa del órgano de contratación, ya que, la justificación de la oferta anormal, se debe justificar en un previo juicio de valoración técnica que explique la adecuación de esa oferta al objeto de la prestación a contratar. Por ello, si esta justificación técnica es contrariada por otra valoración técnica (informe pericial de parte), que argumenta el error en la base de la decisión, esto es, de la apreciación técnica, se requiere una mayor argumentación, congruencia y motivación por quien acuerda la decisión».

Resulta necesario, por tanto, que el informe técnico, a la vista de la argumentación sobre la viabilidad de su oferta que presenta la empresa incurso en temeridad, incida de forma razonada y suficiente sobre las circunstancias de la anomalía 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. Así lo recuerda la Resolución 21/2014, de 27 de febrero del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCYL), al examinar el procedimiento previsto legalmente para determinar si una proposición es o no desproporcionada o anormal y los efectos, para examinar después si la justificación de la baja realizada ha sido desacreditada de forma objetiva y suficientemente motivada. 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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. Y si el Informe no aclara ni motiva suficientemente la inviabilidad de la oferta, no podrá ser excluida la proposición incurso inicialmente en anomalía.

CUARTO.- Analizada con carácter general la técnica de la anomalía de las ofertas y cómo debe justificarse la viabilidad, o no, de una oferta, procede resolver el recurso desde una doble perspectiva: la tramitación procedimental seguida y la valoración de si la exclusión de la recurrente fue correcta o no.

Como bien argumenta el Servicio de Contratación en su informe al recurso, de 29 de diciembre de 2016, nada hay que objetar al procedimiento contradictorio de verificación seguido ante una baja anormal o desproporcionada. En la Sentencia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su apartado 55, se pone de manifiesto que «...incumbe a la entidad adjudicadora, en primer lugar, identificar las ofertas sospechosas; en segundo lugar, dar a las empresas afectadas la posibilidad de demostrar la seriedad de tales



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ofertas, exigiéndoles las precisiones que considere oportunas; en tercer lugar, valorar la pertinencia de las explicaciones facilitadas por los interesados y, en cuarto lugar, tomar la decisión de admitir o rechazar las referidas ofertas. Por tanto, sólo será posible considerar que se han respetado las exigencias inherentes al carácter contradictorio del procedimiento de verificación de las ofertas anormalmente bajas, a efectos del artículo 30, apartado 4 de la Directiva, cuando se hayan cumplido sucesivamente todas las fases de este modo descritas».

Queda acreditado que se han seguido las cuatro fases del procedimiento contradictorio de verificación:

Así, mediante escrito de 20 de octubre de 2016, del Jefe de Sección de Administración RM Casa de Amparo, se informa que la oferta de CLECE incurre en baja anormal o desproporcionada. En segundo lugar, el licitador, mediante sus alegaciones de 4 de noviembre de 2016, tiene la posibilidad de demostrar la viabilidad de su oferta. Seguidamente, en informe de 9 de noviembre de 2016, del Jefe de Sección de Administración RM Casa de Amparo, se valora la pertinencia de las explicaciones facilitadas para justificar la oferta. Por último, sobre la base de toda la información recibida se adopta la decisión de rechazar la oferta.

En conclusión, el procedimiento formal seguido en la exclusión se ajusta a las exigencias legales.

QUINTO.- Finalmente, resta por comprobar si las decisiones adoptadas por la Mesa y por el órgano de contratación, por las que se excluye a la recurrente resultan ajustadas a Derecho o no.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Para ello, a juicio de este Tribunal administrativo resulta un dato relevante el hecho de que, si bien es cierto que la oferta de CLECE se encuentra en baja anormal o desproporcionada con arreglo a la cláusula q del PCAPE —ya que el límite para apreciar dicha baja queda establecido en 53 886,64 euros y la oferta de la recurrente es de 53 846,16 euros—, incurre en baja por sólo 40,48 euros, superando el umbral de temeridad en un exiguo 0,07%. Por este motivo, la exclusión del licitador debe estar especialmente justificada y demostrar sin margen alguno de duda que no pueden cumplirse las prestaciones objeto del contrato como consecuencia de la oferta.

La justificación de CLECE a la solicitud de aclaración de su oferta parte de calcular un coste teórico por hora de trabajo de 12,36 euros. Y en base a ese coste por hora de trabajo, es como realiza los cálculos posteriores que le llevan a un coste directo de horas de servicio durante todo el año 2017 de 42 252,72 euros/año.

Y son estos cálculos los que rebate los Servicios Sociales Especializados en el informe técnico de 9 de noviembre de 2016, que sirve de base para excluir la oferta de CLECE. Son tres los argumentos que llevan a informar de manera desfavorable la justificación de la licitadora, argumentos con los que coincide este Tribunal por las siguientes razones:

En primer lugar, porque la licitadora calcula el coste hora servicio sobre una jornada teórica de 1792 horas, de manera que le sale un coste por hora de servicio de 12,36 euros, y luego aplica ese coste hora a las horas a prestar durante el año 2017(1729 horas) cuando debería haber aplicado un importe de 12,81 euros/hora resultante del coste de la empresa por jornada completa y año (22 142,16 euros/1729 horas al año).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En segundo lugar, porque la recurrente realiza todos sus cálculos sobre una jornada semanal de 35 horas y no contempla la peculiaridad de la contratación de la terapeuta ocupacional a subrogar cuya jornada es de 40 horas semanales y no de 35 horas. Frente a esto, CLECE alega que en la cláusula 5.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) relativa al horario, establece una jornada de 35 horas semanales para cada uno de los servicios – terapia ocupacional y fisioterapia-. No obstante lo anterior, esa jornada no deja de ser la jornada teórica que hay concretar con el régimen laboral de las trabajadoras a subrogar; de donde se infiere con claridad que la jornada de la terapeuta ocupacional es de 40 horas semanales y no de 35. Basta para ello comprobar la cláusula p del PCAPE (relativa a subrogación del personal que remite al anexo I del PPT en el que se incluye el listado de personas que actualmente presta el servicio), la cláusula 4 del PPT sobre subrogación de trabajadores que también remite al anexo I, y el mencionado anexo I de trabajadores a subrogar que incluye las jornadas laborales de 35 horas de la fisioterapeuta y de 40 horas de la terapeuta ocupacional. Este hecho lleva a una diferencia de 4 733,60 € entre la propuesta económica realizada por el licitador y la satisfacción de los compromisos laborales preexistentes.

A estos argumentos hay que añadir que los cálculos que realiza la recurrente se efectúan sobre un periodo de 12 meses, sin considerar el coste del mes en el que deberá sustituir necesariamente a ambos trabajadores como consecuencia de sus vacaciones anuales. Y es precisamente porque, como sostiene CLECE en su recurso, lo que se licita es un servicio en su totalidad y, con independencia de que se preste con dos trabajadoras que habrá que subrogar, el servicio deberá estar cubierto durante todo el año, incluidos los periodos vacacionales. Así se explicita en la cláusula 4 del PPT al disponer que «será



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

responsabilidad del adjudicatario instrumentar las sustituciones oportunas en orden a respetar las disposiciones referentes a los descansos semanales, permisos, licencias, vacaciones y demás que pudieran corresponder en derecho a los trabajadores, sin que ello suponga en ningún caso, menoscabo en el régimen de jornada y horarios», y en la cláusula 5.1 del mismo pliego que respecto a la organización establece que «los servicios se ofrecen de manera ininterrumpida a lo largo del año». Este importe es cuantificado por la Jefa del Servicio de Servicios Sociales Especializados en 3 806,88 €, importe calculado con el precio/hora utilizado por la recurrente de 12,36 €.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el informe técnico relativo a la anomalía de la oferta cumple con la función propia de justificar y razonar sobre la inviabilidad de la oferta, atendiendo a la justificación que al efecto presentó la empresa incurso en anomalía. El Ayuntamiento se ajustó en su informe a lo alegado por el licitador para justificar su oferta y lo comparó con lo exigido en los pliegos. Así, cumplidos los trámites preceptivos, se puede afirmar que la recurrente no ha justificado la viabilidad de su oferta, sin que la Administración, sin quebrar el principio de igualdad de trato, pueda sustituir esa obligación.

De la misma manera que comenzábamos este fundamento alertando del escaso margen por el que la oferta fue considerada en baja anormal o desproporcionada, también ha quedado acreditado que es insuficiente el margen de la recurrente para cumplir con sus obligaciones contractuales. Por ello, resulta procedente traer a colación la reciente Resolución 13/2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de interés para este supuesto:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«Una cuestión que debe ser aclarada en primer lugar es que no corresponde al órgano de contratación demostrar que la oferta es inviable, sino al contrario, al licitador justificar la viabilidad de la oferta... Sentado lo anterior procede examinar las explicaciones ofrecidas por la recurrente y su apreciación por el órgano de contratación, teniendo en cuenta que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta sino de proveer de argumentos al órgano de contratación que le permitan llegar a la convicción de la viabilidad de la oferta, y aun cabe añadir que tal y como dijimos, entre otras en nuestra Resolución 42/2014, de 5 de marzo, la justificación debe ser razonable en relación con las prestaciones objeto del contrato.

...

En el caso que nos ocupa, la cuestión gira en torno a la suficiencia de los costes de personal y la motivación que ofrece el órgano de contratación en el informe técnico de apreciación de la viabilidad de la oferta... destacando que el desglose justificativo que la recurrente aportó en sus alegaciones de fecha 9 de noviembre de 2015, no recoge, ni por tanto justifica la totalidad de los costes de personal que necesariamente y con el carácter de mínimo se exigían adscribir al contrato».

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso y declarar la validez de la decisión del órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y con el voto particular que formula el Presidente, D. José María Gimeno Feliu, incorporado al final del cuerpo de este Acuerdo, 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 CLECE, S.A, frente a su exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de Fisioterapia y Terapia Ocupacional en la Residencia Municipal Casa de Amparo», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- 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.



Voto particular del Presidente del TACPA don José María Gimeno Feliu respecto del Acuerdo 3/2017, de 17 de enero de 2016, dictado en el recurso especial número RE 126/2016, interpuesto por CLECE.

Con el máximo respeto al criterio mayoritario de mis compañeros en la adopción de este Acuerdo, debo manifestar mi parecer discrepante, por entender que la pretensión del recurso debería haber sido estimada, por cuanto la exclusión por anormalidad de la oferta, a mi juicio, ha sido incorrecta y se desvirtúa la regla de la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Este voto particular se justifica en los siguientes argumentos jurídicos.

Primero.- Se comparte, lógicamente, toda la argumentación sobre el significado de la técnica de la anormalidad de ofertas, pero discrepo de la concreta aplicación a este supuesto.

En toda licitación pública el precio es un elemento de referencia, si bien no se persigue adquirir la oferta más barata, pues debe tomarse como referencia el criterio calidad/precio (recogido ahora en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública). Por ello, si bien la oferta del precio por parte del empresario ha de ser libre, tal y como establece el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, ello no debe implicar que no resulte recomendable, como manifestación del principio de buena administración, introducir en las licitaciones públicas parámetros o indicios que permitan detectar cuando nos encontramos ante una oferta cuyo precio no resulta viable por ser excesivamente bajo, o porque altera de forma indebida la competencia. La necesidad de preservar la correcta ejecución del contrato hace que tal previsión —y su regulación— sea una práctica necesaria a incorporar en los pliegos de la licitación.

En relación al análisis sobre la adecuación o viabilidad de la oferta incurso en desproporción o anormalidad debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el significado de la presunción de anormalidad de ofertas y la necesidad de acreditar de forma indubitada que se puede cumplir sin poner en riesgo la ejecución del contrato y cumpliendo los distintos requerimientos del pliego. La mera aplicación de umbrales, aunque no fueran impugnados, no permite la declaración de la anormalidad de forma automática, pues es una mera presunción, que, tras los informes justificativos de la empresa, exige motivación concreta, suficiente y razonada que acredite la imposibilidad de incumplir adecuadamente con las prestaciones del contrato y el riesgo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

consecuente para el interés público. Máxime cuando estos son muy reducidos, como sucede en este procedimiento, lo que obliga, como ha recordado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Catalunya en su Resolución 163/2016, a una mayor motivación de la Administración para declarar la exclusión. Asimismo, en la interpretación de esta técnica que conduce a la posible exclusión de un licitador, debe servir de parámetro interpretativo la regla de «tensión competitiva» que debe existir en todo procedimiento de licitación pública (como viene recordando la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia).

Por otra parte, la reciente sentencia 355/2016 de 13 julio, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (que anula el Acuerdo 5/2013, del TACPA) afirma, en relación a la previsión de excluir por anormalidad de ofertas, *«Lo que se trata de acreditar -y para ello sirve el trámite de audiencia que recogen en ese precepto y cláusula- es que la oferta pueda ser cumplida pese a la presencia de los valores anormales. Esto es lo que exige la LCSP o, lo que es lo mismo, que la oferta en cuestión es viable económicamente. No puede depender la viabilidad económica de una proposición, la posibilidad de ser cumplida -porque de eso se trata en este trámite del procedimiento en cuestión- del hecho de un tercero, sino que debe analizarse la oferta en sí. El tal vez, en la mayoría de los casos es indicativo de una oferta inviable, pero su virtualidad no va más allá de esa función. Por ello la cuestión a examinar, es si se ha justificado o no la viabilidad económica de la oferta de la actora incurra en la presunción del Pliego».*

Segundo.- En España, y en esta licitación, se utilizan sistemas matemáticos como indicios de anormalidad de oferta. Es lo que sucede con la oferta de CLECE que, en aplicación de la fórmula del pliego incurre en una presunción de anormalidad al exceder en 40 euros el límite máximo derivado del diez por ciento de la media de baja de las ofertas presentadas. Es doctrina consolidada del TJUE -por todas, sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*- que *«las Administraciones contratantes no pueden excluir de acuerdo con una fórmula matemática determinadas proposiciones de los licitadores sin verificar en un procedimiento contradictorio la solidez de la propuesta».* Se exige, pues, de un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable y está destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, *SAG EV Slovensko a.s.*). Así, en este supuesto de presunción de anormalidad se debe solicitar a la empresa afectada una 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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. Y la Administración, a la vista tanto de esa explicación como de la "intensidad" de los indicios de anormalidad podrá excluir solo si la oferta resulta inviable para la correcta ejecución del contrato.

Resulta necesario, por tanto, que el informe técnico, a la vista de la argumentación sobre la viabilidad de su oferta que presenta la empresa incurso en anormalidad o 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. Mucho menos cuando ese umbral ha sido superado en un escaso importe, lo que supone un indicio muy débil de anormalidad, que exigirá una motivación reforzada, como ha advertido el Tribunal de Contratos Públicos de Cataluña en su Resolución 163/2016; o la Resolución 21/2014, de 27 de febrero del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCYL), al recordar que las justificaciones de una exclusión por anormalidad deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

Este criterio sobre la necesidad de explicar y motivar la anormalidad de una oferta más allá de argumentos formales ha sido aplicado de forma constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3) de 20 de marzo de 2012 (Recurso de Casación núm. 2338/2011), viene a recordar que la declaración de anormalidad, en un supuesto de escasa anormalidad, obliga a la Administración a motivar la exclusión recordando que la finalidad de la baja anormal es «... *acreditar la inviabilidad del cumplimiento de las prestaciones contractuales en los términos que derivan de la oferta del contratista y dicha baja no puede entenderse temeraria por la nimia diferencia de precio ofertada, si se tiene en cuenta el total de presupuesto del suministro*».

Pues bien, la explicación de la oferta económica de CLECE, en mi opinión, no queda desvirtuada, desde la perspectiva de la inviabilidad, por el órgano de contratación (ni los informes técnicos que la justifican). Es cierto que se han cumplido con todos los trámites formales, pero la explicación para justificar la anormalidad se articula de forma indebida pues se aporta información sobre incorrección en los cálculos utilizados para la oferta, pero no se explica porque resulta materialmente inviable. Lo que, por sí, dado que el indicio de anormalidad como consecuencia de la fórmula matemática es "débil" o de poca intensidad se exigía, por la Administración una motivación reforzada, que, a mi juicio, no existe, pues solo se aportan datos sobre los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

costes imputados por la empresa al contrato, pero no que la oferta en sí, analizando en conjunto todos los aspectos (entre los que se encuentra la solvencia financiera de la empresa) resulta inviable, falsea la competencia o incumple aspectos o condiciones sociales. Por ello, la exclusión de la oferta de CLECE resultaría contraria a derecho.

Los indicios de anormalidad de la oferta de CLECE son estrictamente formales. Como ha venido aplicando este Tribunal administrativo en supuestos análogos, el término de "anormal" (vinculado en el derecho de la contratación pública a la idea de temeridad de una oferta) es un adjetivo que se utiliza para nombrar a aquello que se encuentra fuera de su estado natural o de las condiciones que le son inherentes. La normalidad está vinculada a algo que está en su estado natural o que sirve de regla o norma. Es posible asociar lo normal a lo común o a lo habitual. Lo "anormal", por lo tanto, es justo lo contrario: lo infrecuente, lo que escapa de lo común o de la lógica. Y, obviamente, la oferta de CLECE ni es ilógica, ni contiene indicio alguno de efectiva temeridad, por lo que debe ser declarada como oferta aceptable. Es más, en un contexto económico de crisis económica y de evidente "ajuste" de precios en el mercado (con muchos ejemplos de bajas económicas importantes), la oferta de no presenta ningún rasgo de anormalidad ni, por supuesto, de posible "temeridad" que pueda cuestionar la correcta ejecución del contrato.

Y este es mi parecer, que emito con pleno respeto a mis compañeros y a su acuerdo.