



Recurso nº 502/2016

Resolución nº 522/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 1 de julio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. B. S. P., en representación de CLECE, S.A. (en adelante, CLECE, o la recurrente), contra el acuerdo del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en lo sucesivo, el IMSERSO o el órgano de contratación), de exclusión de su oferta y adjudicación consiguiente a la empresa ARASTI BARCA M.A., S.L. (en adelante, ARASTI o la adjudicataria), del contrato de “*Servicio de respiro familiar para personas con enfermedades raras y sus familias en Burgos*” (expediente 5/2016), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El IMSERSO convocó, mediante anuncio publicado en el BOE el día 18 de febrero de 2016, licitación por procedimiento abierto para contratar el servicio de respiro familiar para personas con enfermedades raras y sus familias en Burgos. El valor estimado y presupuesto de licitación del contrato (sin IVA) se cifra en 302.706,27€. A la licitación referida se presentaron y fueron admitidas seis ofertas, entre ellas la de CLECE.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público –cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato de servicios (CPV 85311000) se clasifica en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP.



Tercero. De acuerdo con lo definido en el Anexo 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP), para la adjudicación del contrato, el único criterio es el precio más bajo. Los parámetros para considerar una oferta con valores anormales o desproporcionados contemplados en dicho Anexo 3 son análogos a los definidos en el artículo 85 del RGLCAP.

Tras los trámites oportunos, en la reunión de la mesa de contratación celebrada el 22 de marzo de 2016, en sesión pública, se procedió a la apertura de los sobres y lectura de las ofertas económicas. Se constató que la oferta de CLECE (183.213,35€) resultaba un 16,2% por debajo de la media por lo que se le requirió para que justificara la valoración de la oferta y precisara las condiciones de la misma.

Cuarto. La recurrente remitió en el plazo habilitado la justificación requerida. Resaltaba que CLECE es el actual adjudicatario del servicio de gestión integral, del Centro de Referencia Estatal de Personas con Enfermedades Raras de Burgos. El servicio de respiro familiar a realizar resulta complementario del anterior *“por lo que, aunque se justifica con el estudio económico el presupuesto planteado en el Servicio de Respiro, la mayor ventaja de este servicio son las sinergias que existen con el servicio principal mencionado: el responsable del servicio, el personal de administración, de prevención, formación”*. Detallaba los gastos de personal y de materiales. Entre éstos incluía 2.000€ para diez (10) *“excursiones autobús”*.

Tras sucesivos requerimientos para aclarar o complementar la justificación presentada, el 29 de abril se indicó a CLECE que: *“De acuerdo con lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, el Programa de respiro familiar, se desarrollará en cinco turnos. Asimismo, en el apartado 3.3 “Contenido del servicio de actividades, ocio, culturales y tiempo libre”, se solicitan tres salidas por la Ciudad o alrededores y dos salidas fuera de Burgos, ambas en autobús adaptado. A la vista de la justificación remitida, en la que indican... alquiler de autobús por excursiones (10 unidades), y dado que el número de autobuses adaptados necesarios para la ejecución del contrato es de 25, la Mesa de Contratación, solicita de nuevo información acerca de cómo se van a realizar las tres salidas por turno previstas por la ciudad o alrededores... ”*.

En respuesta a dicho requerimiento, CLECE respondió que el planteamiento de su oferta *“es cubrir las excursiones fuera de la localidad alquilando autobuses adaptados, por eso la cifra de 10 unidades, se refiere a 2 excursiones por cada respiro, total 10 unidades. El resto de excursiones dentro de la localidad se realizarían con medios propios, tal como reflejamos en nuestra oferta con sus respectivos costes... ”*.



Quinto. El informe sobre las ofertas económicas, elaborado por parte del Coordinador de Asuntos Económicos en fecha 11 de mayo de 2016, concluye que la oferta de CLECE incumple las prescripciones técnicas del contrato. El informe, hecho suyo por la mesa de contratación, señala que: *“De la memoria aportada por CLECE, S.A. junto con su oferta económica, de la justificación de la valoración de su oferta y de las aclaraciones remitidas a petición de la mesa de contratación, se desprende que la oferta realizada por CLECE, S.A. incluye la realización de 10 excursiones fuera de la ciudad de Burgos en autobús, y de 15 excursiones en la ciudad en vehículos adaptados de 9 asientos..., mientras que el pliego de prescripciones técnicas exige que las 25 excursiones (tanto las 10 realizadas fuera de la ciudad de Burgos como las 15 que se realizan en su interior) se deben realizar en autobuses”.* Considera que, en los términos formulados, la oferta de CLECE incumple el Pliego de prescripciones técnicas (PPT), *“al plantear que para la realización de las 15 excursiones en el interior de la ciudad de Burgos no se utilizarán autobuses adaptados, tal y como exige el pliego técnico, si no que se realizarán a pie o se utilizarán 3 vehículos adaptados con capacidad para 9 asientos”.*

La mesa de contratación, en la reunión de 12 de mayo, a la vista del informe acordó la exclusión de CLECE y propuso la adjudicación en favor de ARASTI. La propuesta se confirmó mediante acuerdo del órgano de contratación el 30 de mayo de 2016, notificado el mismo día desde la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Sexto. Contra el acuerdo de exclusión de su oferta, el 14 de junio de 2016, CLECE ha presentado en el registro electrónico del Tribunal, previo anuncio al IMSERSO, escrito de interposición de recurso especial. Considera que justificó adecuadamente su oferta y que en el informe en que se fundamenta su exclusión *“no se entra a valorar la correcta o incorrecta justificación de la oferta presentada, si no, si el coste previsto para los autobuses será suficiente para cubrir el número de excursiones establecido por pliego...”.* Sostiene que el PPT *“impone la obligación de realizar únicamente cinco salidas en contra de lo manifestado en el reseñado informe que eleva este número a 25 excursiones”.*

Sobre las actividades a realizar en la ciudad de Burgos, en su oferta indicó que *“en algunos casos se realizan a pie por la proximidad y en otros en vehículos adaptados. CLECE S.A. dispondrá de transporte adaptado como exige el Pliego al menos en 3 salidas por la Ciudad”.* Considera que tal descripción no ha sido comprendida por la mesa de contratación, que eleva el número de excursiones a realizar y, respecto de las ofertadas por CLECE, determina que



incumple el PPT porque para para la realización de excursiones en el interior de la ciudad de Burgos debían emplearse exclusivamente autobuses y considera que no es válida la propuesta de CLECE *“en la que se especifica la palabra vehículo adaptado. Se trata pues de una conclusión totalmente incongruente y carente de motivación, basada en el hecho de que por parte de CLECE S.A. no se hace referencia en el caso de las salidas a realizar dentro de la Ciudad, al término autobús, a pesar de que por la misma se especifica que se dispondrá de transporte adaptado y de que se emplearán vehículos adaptados”*.

Sostiene la recurrente que no se ha rebatido con criterios congruentes la justificación técnica de la baja efectuada, *“ultrapasando la discrecionalidad técnica en la apreciación de tal justificación mediante argumentos irrazonables, por lo que esta sociedad no debió ser excluida de la clasificación”*. Considera por ello que *“la decisión adoptada por parte de la Mesa de Contratación en base a la valoración técnica efectuada, se encuentra teñida de un importante e indebido matiz de subjetividad que la reviste de arbitrariedad...”*. Solicita que se anule el acuerdo de adjudicación y se acuerde la retroacción de actuaciones para que sea admitida la oferta presentada por CLECE.

Séptimo. El expediente administrativo, junto al informe del órgano de contratación, se recibió en este Tribunal el 21 de junio de 2016. En el informe se reitera que la oferta de CLECE incumple el PPT, puesto que en éste se dispone claramente que para cada uno de los 5 turnos se harán al menos 5 salidas (3 en Burgos y alrededores y 2 fuera de Burgos) y para todas ellas se especifica el transporte en *“autobús adaptado”*. Señala que la recurrente confunde el número de excursiones de todo el programa con el número de excursiones de cada uno de sus turnos y que en el caso de las 15 excursiones que se deben realizar en Burgos y sus alrededores (3 por turno), CLECE no utilizaría autobuses adaptados, como exige el PPT, sino furgones adaptados con una capacidad máxima de 9 asientos. Por eso, no se entra a analizar si la oferta de CLECE *“es o no viable... ya que si la oferta no responde a las prescripciones técnicas del contrato, la justificación de su valoración no permite comprobar la posibilidad del cumplimiento del contrato”*. Se excluye la oferta *“por no observar la prescripciones técnicas del contrato incluidas en el correspondiente pliego”*.

Octavo. El 22 de junio, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, con el resultado que obra en el expediente del litigio.



Noveno. El 23 de junio de 2016, la Secretaria del Tribunal -por delegación de este- resolvió levantar la suspensión del procedimiento de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la exclusión de la licitación y el consiguiente acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 209.000€, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 41 de dicha norma.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación de la que fue excluida y en la que podría resultar adjudicataria.

Cuarto. No es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra, de acuerdo con el PCAP, en presunción de anormalidad o desproporción. Respecto al procedimiento seguido para la adopción del acuerdo de exclusión, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 152 del TRLCSP, se ha dado *“audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,...”* y se ha solicitado *“el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*.

La cuestión de fondo a dilucidar por tanto es si, a la vista de la justificación de su oferta por parte de CLECE y del informe técnico de valoración de las ofertas económicas, hecho suyo por la mesa y por el órgano de contratación, está fundada la exclusión.

En cuanto a la fundamentación de la exclusión, hemos señalado en numerosas resoluciones (entre otras, en la nº 043/2016, de 22 de enero) que la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige de una resolución *“reforzada”* que desmonte las justificaciones del licitador. No se trata, por tanto, de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación



llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

Pero, en todo caso, la justificación de la oferta incurso en presunción de temeridad, no tiene por objeto *demostrar* su viabilidad, sino explicar satisfactoriamente la baja propuesta y permitir al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En igual sentido, el artículo 69.3 de la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), señala: *"El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Sólo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos..."*.

En este caso, la desproporción de la oferta es muy significativa: un 16,2% por debajo de la media de las seis ofertas y un 15,1% más baja que la oferta de la adjudicataria, no incurso ya en presunción de temeridad.

Los argumentos de CLECE para justificar su oferta se han resumido en el antecedente cuarto; se refieren fundamentalmente a las sinergias que existen con el servicio que ahora presta de gestión del Centro de Atención a Personas con Enfermedades Raras, de Burgos.

En el informe de evaluación económica de las ofertas se constata que en la de CLECE las excursiones en Burgos y alrededores (3 excursiones para cada uno de los 5 turnos) se hacen en vehículos adaptados de 9 plazas, mientras que el PPT exige que se hagan en autobús adaptado, de igual manera que las que se efectúen fuera de Burgos. Dado que los *turnos de respiro* son de 20-25 plazas, se exige para cada salida un autobús de esa capacidad.

Por tanto, la cuestión principal a considerar es si la oferta de CLECE cumple con las exigencias de los pliegos. En el apartado 3.3 1 del PPT, relativo al contenido de actividades de ocio, culturales y tiempo libre, se indica (subrayado nuestro): *"Comprende la gestión y ejecución de las actividades de ocio, culturales y tiempo libre para los usuarios de cada turno... Se desarrollaran actividades tanto dentro como fuera del centro y deben comprender para cada turno al menos:* (...)

Actividades fuera del Centro:

- Tres salidas por la ciudad o sus alrededores con transporte en autobús adaptado (...)
- Dos salidas en autobús adaptado, fuera de Burgos, (...)



- *Salidas por la ciudad sin transporte*".

Pues bien, las consideraciones de la recurrente sobre que en los pliegos sólo se hace referencia a cinco salidas y que es incongruente el excluir a CLECE porque las salidas por la ciudad se realicen en tres vehículos adaptados en lugar de en autobús, contradicen claramente lo establecido en el PPT y entrañan una pretensión de que se pueden modificar las especificaciones técnicas del servicio a realizar para ofrecer un mejor precio. La justificación de la oferta económica se apoya en un incumplimiento significativo de las prescripciones técnicas que abarata el coste del servicio, pero a costa de modificar las exigencias establecidas en el PPT, lo que es un argumento suficiente para rechazar la justificación presentada y excluir la oferta.

En conclusión, una vez examinadas las justificaciones de su oferta por parte de la empresa recurrente y las manifestaciones contrarias de los informes de la mesa y del órgano de contratación, este Tribunal entiende que, ante la evidente desproporción de la oferta y el incumplimiento de algunas de las especificaciones técnicas requeridas, está fundada la exclusión de la oferta de CLECE y el recurso debe desestimarse.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. B. S. P., en representación de CLECE, S.A., contra el acuerdo del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, de exclusión de su oferta y adjudicación consiguiente a la empresa ARASTI BARCA M.A., S.L., del contrato de "*Servicio de respiro familiar para personas con enfermedades raras y sus familias en Burgos*".

Segundo. Declarar que no se aprecia concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

