



Recurso nº 366/2021 C.A. de Castilla la Mancha 37/2021

Resolución nº 460/2021

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

En Madrid, a 23 de abril de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. F.M.A., en nombre y representación de OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A., contra la Resolución de 12 de febrero de 2021, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Alamillo, por la que se decide adjudicar el contrato de Concesión del servicio de gestión integral de la Residencia de Ancianos San Antonio de Alamillo para un total de 44 plazas públicas y 6 privadas y servicio de comedor social para 6 usuarios a la entidad NEXUS ATENCIÓN INTEGRAL S.L., el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Alamillo convocó, mediante anuncio enviado en fecha 24 de noviembre de 2020 al DOUE, donde fue objeto de la correspondiente publicación, y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 26 de noviembre siguiente, así como en el Tablón de anuncios del Ayuntamiento el siguiente día 30, licitación para la adjudicación del contrato arriba referido, con un valor estimado de Valor estimado, IVA excluido de 7.581.515,11 Euros; finalizando en fecha 28 de diciembre de 2020, a las 18:00 el plazo de presentación de ofertas y concurriendo a ella un total de cuatro licitadoras, entre ellas la recurrente y la adjudicataria.

Segundo. La licitación se llevó a cabo, habida cuenta de la fecha de publicación del anuncio de licitación, de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Siendo que, por medio de la



Resolución, objeto de este Recurso e identificada en el encabezamiento, se acordó adjudicar el contrato a la entidad NEXUS ATENCIÓN INTEGRAL S.L.

Tercero. Estando disconforme con la citada Resolución, notificada a la recurrente el día 25 de febrero de 2021, de acuerdo con el artículo 50 LCSP, en fecha 18 de marzo siguiente, presentó ante este Tribunal, por vía electrónica, escrito de interposición de recurso, en el que se combatía la Resolución de adjudicación, con base en que, se decía, la entidad adjudicataria había presentado una oferta que incurre en temeridad, al ofertar un canon inicial y un canon anual superior en diez puntos a la media de dichos cánones ofertados por los licitadores.

Lo desarrolla diciendo que la Mesa de Contratación está realizando, al concluir que no existen ofertas desproporcionadas o anormales, una interpretación indebida del PCAP, ya que al ser objeto de valoración esencial en la presente licitación los cánones inicial y anual, hay que tener en cuenta los siguientes apartados del PCAP:

“CLÁUSULA 9. CANÓN DE LA CONCESIÓN.

La remuneración a la Administración por la concesión del servicio se establece a través de dos cánones, uno inicial por la adjudicación, y otro anual durante la vigencia del contrato. Los licitadores podrán mejorar en sus ofertas los cánones fijados, que tienen el carácter de mínimo, sin que se acepten las proposiciones que establezcan un canon inferior.

- Canon inicial por la adjudicación, que se fija en QUINCE MIL euros (15.000,00 €) de partida.

- Canon anual mínimo que se fija en DIEZ Y NUEVE mil euros anuales (19.000,00 €) de partida.

El concesionario abonará el canon inicial antes de la formalización del contrato.

El abono del primer Canon anual, se realizará dentro del primer mes desde el día ss. a la adjudicación.

Los abonos anuales sucesivos se realizarán durante el primer trimestre de cada año de concesión administrativa.

La falta de pago del canon inicial determinará la imposibilidad de formalizar el contrato.



“Como criterio de apreciación automática (página 31 del PCAP) figuran el canon inicial y anual ofrecido por la empresa adjudicataria. Ponderándose de la siguiente manera:

- Mayor canon inicial ofrecido: hasta 15 puntos.5

El resto de ofertas se minorarán en 3 puntos sucesivamente:

Segunda mejor oferta 12 puntos; tercera mejor oferta 9 puntos; cuarta mejor oferta 6 puntos; quinta mejor oferta 3 puntos; resto 0 puntos.

- Mayor canon anual ofrecido: hasta 30 puntos.

El resto de ofertas se minorarán en 5 puntos sucesivamente:

Segunda mejor oferta 25 puntos; tercera mejor oferta 20 puntos; cuarta mejor oferta 15 puntos; quinta mejor oferta 10 puntos; sexta mejor oferta 5 puntos; resto 0 puntos.”

Continúa la recurrente alegando que en la página 32 del PCAP se estable que de conformidad con lo establecido en el art. 149 de la LCSP, se considerará que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados cuando el precio ofertado sea inferior en un 10% a la media del total de los ofertados.

Concluyendo que para la valoración de la oferta económica se atenderá exclusivamente a la cuantía de los citados cánones, con independencia del precio del contrato, máxime cuando en la Cláusula 7 del PPCA no aparece además el precio del contrato, sino el Importe neto del contrato (incluyendo posibles prorrogas). Y que en este caso la presunción de anormalidad de las ofertas operaría de modo inverso ya que, a mayor canon ofrecido, mayor riesgo que pueda comprometer la viabilidad de la concesión. De esta forma hay que entender que la media aritmética aplicable para considerar que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados, debe operar sobre los cañones ofrecidos, incurriendo en tales supuestos aquellas ofertas que superen los 10 puntos porcentuales a la media.

Cuarto. Con fecha 24 de marzo de 2021, el órgano de contratación emitió el informe previsto en el art. 56 de la LCSP poniendo de manifiesto en él que de conformidad con lo establecido en el art. 149 de la LCSP, se considerará que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados cuando el precio ofertado sea inferior en un 10% a la media del total de los ofertados.



Y diciendo que pues bien, si se observa la valoración contenida en el Acta de la Mesa de fecha 4 de febrero de 2021, para la lectura del informe técnico sobre las propuestas contenidas en el sobre c *“documentación acreditativa de criterios sujetos a evaluación previa mediante juicios de valor”* y apertura del sobre b: *“proposición económica y documentación acreditativa del cumplimiento de criterios evaluables mediante reglas o fórmulas matemáticas”*, la MESA procedió de conformidad con los criterios señalados y la literalidad de las cláusulas aplicables al valorar los criterios cuantificables de forma automática, en especial los establecidos en la cláusula 15.

Y, de una mera lectura podrá comprobarse que la empresa NEXUS ATENCIÓN INTEGRAL, S.L. no ha incurrido en baja temeraria alguna como pretende la recurrente, ya que su oferta (31.000 euros) es muy superior al promedio de las ofertas del canon inicial (24.250 eu) como en el canon anual (27.451,025 eu).

Poniendo de manifiesto que, en realidad, lo que se cuestiona por la recurrente es el criterio de valoración contenido en el Pliego, realizándose una interpretación sesgada y oportunista de los criterios de adjudicación y de la redacción referida a la valoración de las ofertas anormales o en baja temeraria. Es decir, no se está impugnando una aplicación errónea o arbitraria de los criterios de valoración que haya viciado la adjudicación del contrato, sino que se aprovecha la adjudicación para atacar los pliegos del contrato, frente a lo que destaca el carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que éstos constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación (Res. TACRC 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 145.1 del TRLCSP.

Pero es más, aun cuando la redacción del PCAP pudiera llegar a considerarse errónea, no cabe que la mesa realice una interpretación contraria a la literalidad de la base donde se contiene la descripción de la oferta incurso en temeridad, ya que de hacerlo, como el recurrente pretende en modo inverso a dicha redacción, estaría contrariando de forma flagrante el PCAP, causando una grave indefensión al resto de licitadores, que confiadamente han presentado ofertas sin tener en cuenta una posible *“exclusión”* por un



valor elevado en el canon ofertado, cuando el pliego lo que proscribía era un valor inferior y no uno superior.

No puede entrar la mesa a valorar si el PCAP debería haber sido redactado de forma distinta, ni tan siquiera si era esa y no otra la intención del órgano de contratación, y menos en el momento de la apertura de los sobres, ya que no corresponde a ella tal facultad.

Y concluye que aun en el improbable caso, de que se llegase a la conclusión de que la cláusula de determinación de la baja no fue acertada en su redacción o imprecisa, y habida cuenta que conforme a la resolución de este Tribunal n.º 345/2020, no resulta obligatoria la introducción en los pliegos de la forma de apreciar la anormalidad de las ofertas, conllevaría a considerar la cláusula como no puesta, y por tanto, en este caso, como imposible apreciación de si concurren o no las ofertas en presunción de temeridad.

Quinto. En fecha 29 de marzo último, la secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las empresas que participaron en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que formularan alegaciones. En fecha 7 de marzo fue utilizado este trámite por la adjudicataria, que mantiene la inexistencia de temeridad en su oferta del canon inicial y anual con base en que en la cláusula 7 del PCAP se establece que el importe neto del contrato asciende a la cantidad de 7.479.638,00€ a lo que hay que restar el importe del canon que ellos estiman en 190.000,00€, lo que supondría un importe total de 7.289.638,00€. Y la mercantil adjudicataria ofrece un canon de 310.000,00€ (31.000*10 años) que restado al importe neto del contrato supondría que el importe total del contrato ascendería a la cantidad de 7.169.638,00€.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que la media aritmética del canon ofrecido por todos los licitadores ascendería a la cantidad de 27.515,03€ (275.150€ a 10 años) el importe neto del contrato ascendería a la cantidad de 7.204.488,00€. Por lo que se observa que la diferencia entre el importe neto del contrato que ofrece NEXUS ATENCIÓN INTEGRAL, S.L. y el importe neto del contrato resultante de la media aritmética ofrecida por todos los licitadores asciende a la cantidad de 34.850,00€, lo que tan solo supondría una diferencia del 0,5%.



Añade que en la cláusula 15 del PCAP se establecía que *“de conformidad con lo establecido en el art. 149 de la LCSP, se considerará que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados cuando el precio ofertado sea inferior en un 10% a la media del total de los ofertados”* y según la oferta realizada por la adjudicataria, no se ha incurrido en baja temeraria alguna como pretende la recurrente, ya que su oferta (31.000,€) es superior al promedio de las ofertas del canon inicial (24.252,50 €), como al promedio del canon anual (27.515,03€).

Asimismo, defiende en sus alegaciones la validez de los criterios de adjudicación, así como la extemporaneidad en la impugnación por parte de la recurrente del PCAP, puesto que la recurrente no está impugnando una aplicación errónea o arbitraria de los criterios de valoración que haya viciado la adjudicación del contrato, sino que lo que realmente pretende es anular extemporáneamente los criterios establecidos en el Pliego.

Sexto. El 8 de abril del año en curso la secretaria General del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del lote 1 del expediente de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso de conformidad con lo establecido en el art. 46 de la LCSP, así como en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. La recurrente, OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A., está legitimada para interponer el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP, al poder verse perjudicados sus intereses o poder resultar afectada, de manera directa o indirecta, por la decisión objeto del recurso, no cabiendo duda de su legitimación al haber presentado oferta en la licitación y haber quedado clasificada en segundo lugar.



Tercero. Se recurre la Resolución de 12 de febrero de 2021, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Alamillo, por la que se decide adjudicar el contrato de Concesión del servicio de gestión integral de la Residencia de Ancianos San Antonio de Alamillo para un total de 44 plazas públicas y 6 privadas y servicio de comedor social para 6 usuarios a la entidad NEXUS ATENCIÓN INTEGRAL S.L.

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para interposición del recurso, previsto en el artículo 50 de la LCSP, habida cuenta de las fechas recogidas en los antecedentes de hecho.

Quinto. Entrando en las alegaciones hechas contra el acuerdo impugnado, se aduce que la entidad adjudicataria ha presentado una oferta que incurre en temeridad, al ofertar un canon inicial y un canon anual superior en diez puntos a la media de dichos cánones ofertados por los licitadores, siendo que la Mesa de Contratación está realizando, al concluir que no existen ofertas desproporcionadas o anormales, una interpretación indebida del PCAP, ya que al ser objeto de valoración esencial en la presente licitación los cánones inicial y anual, hay que tener en cuenta el siguiente apartado 9 del PCAP, así como la cláusula 15ª, último párrafo, que dice que de conformidad con lo establecido en el art. 149 de la LCSP, se considerará que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados cuando el precio ofertado sea inferior en un 10% a la media del total de los ofertados.

Concluyendo que para la valoración de la oferta económica se atenderá exclusivamente a la cuantía de los citados cánones, con independencia del precio del contrato, máxime cuando en la Cláusula 7 del PPCA no aparece además el precio del contrato sino el Importe neto del contrato (incluyendo posibles prorrogas). Y que en este caso la presunción de anormalidad de las ofertas operaría de modo inverso, ya que, a mayor canon ofrecido, mayor riesgo que pueda comprometer la viabilidad de la concesión. De esta forma hay que entender que la media aritmética aplicable para considerar que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados, debe operar sobre los cánones ofrecidos, incurriendo en tales supuestos aquellas ofertas que superen los 10 puntos porcentuales a la media.



Sexto. Analizando las cláusulas del PCAP que entran en juego para determinar si es o no la oferta cuestionada una oferta con valores anormales o desproporcionados, resulta que dice la cláusula 15, como hemos visto que *“De conformidad con lo establecido en el art. 149 de la LCSP, se considerará que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados cuando el precio ofertado sea inferior en un 10% a la media del total de los ofertados.”* De ahí que convenga determinar qué se entiende por precio.

Sobre ello dice el PCAP en su CLÁUSULA 7, bajo el epígrafe *“PRECIO DEL CONTRATO Y VALOR ESTIMADO. SUJECCIÓN A REGULACIÓN ARMONIZADA”*, que

“Al ser un contrato de concesión de servicios y a tenor de lo previsto en el artículo 15 de la LCSP, la contraprestación está constituida por el derecho a la explotación de las instalaciones durante el plazo de vigencia de la concesión.

El valor estimado de la concesión de la Residencia de Ancianos y comedor Social, viene establecido, de conformidad con lo establecido en el art. 101.b) de la LCSP, tomando como referencia el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que según el Estudio de Viabilidad aprobado, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por los servicios objeto del contrato:

Importe neto del contrato (incluyendo posibles prorrogas):

7.479.638 – 190.000 (canon anual por 10)= 7.289.638 € + 4% IVA = 7581515,11 €

El presente contrato de concesión de servicios está sujeto a regulación armonizada, conforme determina el artículo 19 de la Ley de Contratos del Sector Público. Por tanto, sujeto a Recurso Especial en materia de contratación previsto en los artículos 44 a 60 de la LCSP 9/2011.”

Pues bien, vistas esas cláusulas, se oponen, sobre todo a la vista de la primera mencionada, dos razones para que prospere la interpretación que patrocina sobre la fórmula de temeridad, la recurrente. En primer lugar, porque no puede aplicarse la fórmula de temeridad sobre el canon a abonar por el concesionario a la Administración, porque éste



no puede comprenderse en el concepto de precio, del que dice el art. 103 LCSP que “Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios”; de modo que una contraprestación que va a ser pagada por el concesionario a la Administración y no al revés, no puede considerarse precio.

Pero es que también se opone a la interpretación que postula la recurrente de que será desproporcionada la oferta consistente en un canon superior en un 10 % a la media del total de los ofertados la literalidad misma del Pliego que establece la temeridad para los precios que sean, no superiores, sino inferiores.

Séptimo. Y es que, por más que sea más razonable la interpretación que postula la recurrente que la que resulta del literal de la cláusula aplicada, no es dable llevar a cabo ahora una impugnación extemporánea del PCAP, puesto que tal impugnación con ocasión de la que se lleve a cabo de actos de aplicación del pliego, según reiterada doctrina de este Tribunal, cuyo carácter monocrorde nos exime de cita concreta de Resoluciones que la han fijado, sólo cabe cuando se invocan vicios de nulidad de pleno derecho.

Y mal podría calificarse una infracción del ordenamiento jurídico en el PCAP como determinante de nulidad radical, cuando, como pone de manifiesto el órgano de contratación, conforme a la resolución de este Tribunal n.º 345/2020, no resulta obligatoria la introducción en los pliegos de la forma de apreciar la anormalidad de las ofertas

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F.M.A., en nombre y representación de OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A., contra la Resolución de 12 de febrero de 2021, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Alamillo, por la que se decide adjudicar el contrato de Concesión del servicio de gestión integral de la Residencia de Ancianos San Antonio de Alamillo para un total de 44 plazas públicas y 6 privadas y servicio de comedor social para 6 usuarios a la entidad NEXUS ATENCIÓN INTEGRAL S.L.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la 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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.