

**Recurso 438/2019**

**Resolución 161/2020**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 1 de junio de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SENIORS ASISTENCIA, S.L.** contra la resolución, de 22 de octubre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de talleres y actividades a impartir en los centros de participación activa de personas mayores adscritos a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en la provincia de Cádiz” (Expte. CONTR 0000179684), promovido por la Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 15 de julio de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo el 10 de julio de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.



El valor estimado del contrato asciende a 833.672,84 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** Mediante resolución, de 22 de octubre de 2019, del órgano de contratación se adjudica el contrato, respecto a todos los lotes licitados, a la entidad INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR DE INFORMÁTICA STUDIUM, S.L. (en adelante STUDIUM).

**CUARTO.** El 14 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SENIORS ASISTENCIA, S.L. (en adelante SENIORS ASISTENCIA) contra la mencionada resolución de adjudicación del contrato.

**QUINTO.** Por la Secretaría del Tribunal, el 14 de noviembre de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo y la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha documentación tiene entrada en este Tribunal los días 19 y 21 de noviembre de 2019.

**SEXTO.** Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 10 de diciembre de 2019, se dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en el plazo referido las presentadas por la entidad STUDIUM.

**SÉPTIMO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19,



suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta en principio legitimación la recurrente -SENIORS ASISTENCIA- para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

En este sentido, la licitación que se examina consta de cuatro lotes. En el lote 4, ninguna de las dos ofertas que cuestiona la recurrente -la de STUDIUM y la de GP- estuvieron incursas en baja anormal o desproporcionada. En este sentido, ha de tenerse en cuenta, como ha manifestado este Tribunal en varias ocasiones (por todas Resolución 241/2018, de 16 de agosto), que no es posible determinar la inviabilidad de una oferta o si esta es anormal o desproporcionada si no incumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación.

Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por falta de legitimación, respecto del lote 4.

Asimismo, respecto del lote 3, una de las dos ofertas que cuestiona la recurrente -la de GP- no estuvo incursa en baja anormal o desproporcionada. Al respecto, como se ha expuesto no es posible determinar la inviabilidad de la oferta de GP o si esta es anormal o desproporcionada, dado que no incumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el



procedimiento de licitación. También hemos, de tener en cuenta, respecto a dicho lote 3, que la oferta de la ahora recurrente quedó clasificada en tercer lugar, tras la de STUDIUM y la de GP.

En este sentido, hay que poner de manifiesto que aunque este Tribunal aceptara -a meros efectos dialécticos- que la oferta de STUDIUM no es viable respecto del lote 3, ello tendría como consecuencia que el órgano de contratación en ejecución del supuesto fallo de este Órgano excluyera dicha oferta de la licitación del lote 3. Sin embargo, aun así, dicha circunstancia nunca le podría provocar un beneficio pues continuaría quedando situada su oferta en segundo lugar, no pudiendo nunca ser adjudicataria del presente contrato, respecto del lote 3.

Al respecto, se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 215/2018, de 6 de julio, 79/2019, de 21 de marzo, 232/2019, de 11 de julio y 374/2019, de 7 de noviembre, en las que se indicaba que una hipotética estimación del recurso y consecuentemente la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la recurrente, pues no podría optar a alzarse con el contrato, respecto del lote 3, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación de ese lote seguiría sin serle propicio.

Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por falta de legitimación, respecto del lote 3.

En consecuencia, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, únicamente para los lotes 1 y 2.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación adoptado por el órgano de contratación, por lo que el acto recurrido es



susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles.*

*Dicho plazo se computará:*

*d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.».*

Por su parte, la disposición adicional decimoquinta, referida a las normas relativas a los medios de comunicación, dispone en su punto primero: *«1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

*Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.*

*No obstante lo anterior, el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.».*

En el supuesto analizado, según consta en la documentación remitida a este Tribunal, el acto de adjudicación ha sido publicado en el perfil de contratante el 23 de octubre de 2019. En cuanto a la notificación del mismo a la entidad ahora recurrente, figura escrito de remisión de dicha fecha de 23 de octubre, no constando ni la fecha efectiva de envío ni la de notificación. No obstante, aun cuando pudiese entenderse como fecha de remisión la de 23 de octubre, conforme a la disposición adicional citada, el recurso presentado en el registro electrónico de este Tribunal, el 14 de noviembre de 2019, se ha interpuesto en el plazo legal establecido.

En este sentido, el órgano de contratación alega que la interposición se ha realizado fuera de plazo, pues al producirse la notificación y la publicación en el perfil de contratante el 23 de octubre, el plazo de 15 días



hábiles finaliza el día 13 de noviembre. Sin embargo, este Tribunal como se ha expuesto entiende que el recurso se ha interpuesto en el plazo legal establecido. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que el *dies a quo*, o primer día del plazo para la interposición de aquel, fue el 24 de octubre -artículo 50.1.d) de la LCSP- y el *dies ad quem*, o último día del plazo, fue el 14 de noviembre, fecha en la que fue presentado el recurso en el registro de este Tribunal, pues es necesario descontar el 1 de noviembre de 2019 fiesta nacional no sustituible, conforme a la Resolución de 16 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2019 (Boletín Oficial del Estado núm. 254 de 20 de octubre de 2018).

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, respecto de los lotes 1 y 2, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el citado recurso contra la resolución, de 22 de octubre de 2019, del órgano de contratación de adjudicación del contrato, solicitando que, con estimación del mismo, sea dictada resolución en la que retrotrayendo las actuaciones se resuelva la adjudicación del contrato a favor de la entidad licitadora que garantice su cumplimiento.

Funda su recurso en la indebida admisión en todos los lotes de las ofertas de la ahora adjudicataria, STUDIUM, y de la entidad GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L. (en adelante GP), incursas inicialmente en valores anormales o desproporcionados. En síntesis, cuestiona la justificación de la viabilidad de las ofertas aportadas por dichas entidades, así como los informes técnicos que las considera viables, en relación con los costes de la persona coordinadora.

Con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación en lo que aquí interesa el contenido de las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación por las que se decide admitir las ofertas de la entidades STUDIUM y GP, inicialmente incursas en valores anormales o desproporcionados.



Al respecto, el 2 de septiembre de 2019, la mesa de contratación adopta, entre otros, el acuerdo de requerir a las entidades STUDIUM y GP para que justifiquen sus ofertas incursas inicialmente en baja anormal.

Tras ser requerida para ello, STUDIUM aporta la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta. En ella, en lo relativo a los costes de la persona coordinadora, se dispone lo siguiente: *«en el caso de la Coordinación, ya contamos con coordinadores en plantilla que son personal fijo de la empresa, y que por tanto se incorporan de manera inmediata a este contrato desde el mismo momento de su firma. Dichos coordinadores, desarrollan las funciones que se especifican en el Pliego en la actualidad, con lo que no necesitan periodo de aprendizaje, ni de formación específica sobre el contrato.*

*(...) Coordinador/a: Como hemos referido en el punto anterior, GRUPO STUDIUM cuenta con COORDINADORES de Talleres que son personal fijo de la empresa, al margen de otros profesionales, no incurriendo por ello en los mismos gastos que suponen para otras empresas que no ejecuten este servicio concreto.*

*Dicho personal está contratado a jornada completa desarrollando las tareas propias de su cargo sobre gestión, planificación, programación, coordinación y evaluación que garantiza de forma permanente el perfecto funcionamiento de los talleres, así como la calidad y el cumplimiento de los objetivos propuestos.*

*El coste añadido que nos supone en relación a este contrato ya está asumido por la empresa previamente.*

*Además, I.T.S.I STUDIUM S.L., cuenta con 374.958,08 € de Fondos Propios, tal y como se refleja en la página 5 del modelo 200 adjuntado, con los que hacer frente a cualquier gasto relacionado con este apartado [sobre los recursos humanos].*

*(...) Coste Coordinador: En nuestro caso al tener personal fijo que ejerce esas funciones el coste es de 0,00 €.».*

Asimismo, la entidad GP aporta la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta. En ella, en lo relativo a los costes de la persona coordinadora, se establece lo siguiente:

*«3. Gastos generales:*

*a. Coordinación: GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L., como empresa del grupo Gestión Profesional, cuenta con una estructura más que suficiente para poder desarrollar la impartición de talleres. Por ventaja competitiva la coordinación se realizará a coste cero, tal y como se justifica en el ANEXO X “Declaración responsable de coordinación a coste cero”».*



También en una tabla resumen de gastos que aporta GP, en el apartado coordinación de servicios dentro de gastos generales, se dispone como descripción del gasto: «*Se realizará con personal propio de la empresa, tal y como se ha argumentado en la exposición inicial, salvo importe reservado a ciertos gastos como km*».

Por último, en el anexo X de dicha documentación acreditativa GP aporta un documento denominado declaración responsable sobre coordinación, en la que se manifiesta que dentro del grupo empresarial gestión profesional cuenta con personal adecuado, señalando los perfiles así como los nombres y titulación de cada uno de ellos, entre los que destacan -según indica- dos personas y que será una de ellas la que prestará los servicios de coordinación. Asimismo, declara que para suplir a dicho personal cuenta con recursos humanos suficientes que describe. Finalmente concluye «*Que a estos efectos, la empresa utiliza su pertenencia a un mismo grupo, su tamaño, y disponibilidad de sus profesionales como ventaja competitiva frente a las de su competencia por poder optimizar sus costes de personal en los distintos proyectos. Por lo que se compromete a cumplir estrictamente durante la ejecución del servicio público en caso de resultar adjudicatario, manifestando que la labor de coordinación será a coste cero*».

Acto seguido, la documentación acreditativa de la viabilidad de las ofertas de STUDIUM y GP es analizada por la persona titular de la Jefatura de Servicio de Gestión de Servicios Sociales, que emite informes de 20 de septiembre de 2019 sobre la viabilidad de las ofertas citadas (en adelante informe o informe técnico). Dichos informes para los lotes 1 y 2, para ambas proposiciones, y en relación con el personal de coordinación señala lo siguiente:

Respecto de la oferta de la entidad STUDIUM indica para ambos lotes que «*Una vez analizada la documentación aportada por ITSI STUDIUM, S.L, se informa lo siguiente:*

*Del estudio del informe de justificación de la oferta presentada para el lote 1 por valor de 88.707,5 € (IVA no incluido), para el Lote 2 por valor de 85.759,2 € (IVA no incluido) (...), y tras el examen de la documentación e información aportada por ITSI STUDIUM, S.L , se pueden señalar, entre otros, los puntos en los que incide especialmente en el ahorro de costos:*

*(...)*

- *Coste Coordinador. Sin incremento de costes por tener personal fijo que realiza dichas funciones.*

*(...)*



*Dicho informe, salvo mejor o superior criterio, se emite sobre el particular, el cual se eleva a la Mesa de contratación a los efectos oportunos.».*

Sobre la oferta de la entidad GP señala para los dos lotes que *«Una vez analizada la documentación aportada por GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L, se informa lo siguiente:*

*Del estudio del informe de justificación de la oferta presentada para el lote 1 por importe de 90.625,5 € (IVA no incluido) y para el lote 2 por valor de 87.554,15 € (IVA no incluido), y tras el examen de la documentación e información aportada por GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L, se pueden señalar, entre otros, los puntos en los que incide especialmente en el ahorro de costos:*

*(...)*

- Coste Coordinador. A coste cero por tener personal fijo que realiza dichas funciones.*

*(...)*

*Dicho informe que, salvo mejor o superior criterio, se eleva a la Mesa de contratación a los efectos oportunos.».*

Posteriormente, la mesa de contratación en la sesión de 20 de septiembre de 2019 para el examen de los citados informes técnicos, sobre la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta, entre otras, de las entidades STUDIUM y GP, con base en los mismos adopta el siguiente acuerdo, que se traslada íntegramente a la resolución, de 22 de octubre de 2019, de adjudicación del contrato:

*«Aceptar la oferta de las empresas licitadoras ITSI STUDIUM S.L. y GP SERVICIOS EDUCATIVOS S.L. en virtud de los informes emitidos en el que se justifica que es suficiente para dar cobertura al contrato objeto de licitación, cumpliendo íntegramente las condiciones exigidas en los Pliegos que rigen el presente contrato, y sin que se ponga en riesgo su viabilidad».*

Así pues, para analizar el recurso y las alegaciones de las partes, habrá de estarse a lo recogido en los informes técnicos, en el acuerdo de 20 de septiembre de 2019 de la mesa de contratación y en la resolución de adjudicación, publicados en el perfil de contratante y transcritos en los párrafos anteriores, dado que en el expediente de contratación remitido no consta que ninguno de dichos actos le hayan sido efectivamente notificados a la ahora recurrente.



En este sentido, en lo que aquí interesa, en lo relativo a los costes de la persona coordinadora, en la documentación aportada por las entidades STUDIUM y GP para justificar la viabilidad de su oferta, se afirma en síntesis como se ha expuesto que al tener personal que ejerce esas funciones, en el caso de STUDIUM dentro de la estructura de la empresa y en el caso de GP dentro de la de su grupo empresarial, el coste para el presente contrato es de cero euros, y por la mesa de contratación y por la resolución de adjudicación, se consideran adecuadas las justificaciones aportadas por dichas entidades, indicando que las ofertas se justifican de forma suficiente para dar cobertura al contrato objeto de licitación, cumpliendo íntegramente las condiciones exigidas en los pliegos que rigen el presente contrato, y sin que se ponga en riesgo su viabilidad.

Contra la admisión de las ofertas de STUDIUM y GP, incursas inicialmente en baja anormal, la entidad SENIORS ASISTENCIA interpone el presente recurso afirmando que en los informes técnicos existe arbitrariedad además de la falta de la mínima motivación a la hora de acreditar los costes, concretamente los de personal.

En este sentido, señala que carece de fundamento alguno que se entienda justificado por los técnicos el coste de coordinación sin incremento de costes o coste cero por la mera manifestación de la empresa de contar con personal fijo que realice las funciones. A su juicio, esa arbitrariedad no es aceptable más aún cuando los costes de coordinación constan incluidos en el presupuesto de licitación y desglosados por horas, siendo precisa la motivación y detalle de las partidas (conceptos salariales y seguridad social), ya que de figurar incluidos la oferta de STUDIUM y la de GP no estarían justificadas, y siendo anormalmente bajas en su inicio quedarían excluidas, por no garantizar el cumplimiento del contrato.

A continuación, en su escrito de recurso, la recurrente realiza una simulación de lo que a su entender supondrían los costes de personal, conforme al II Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (en adelante el convenio). Al respecto, indica que para la categoría de experto de taller el coste sería de 12,42 euros por hora y para la categoría de coordinador de 14,27 euros por hora. Acto seguido, concluye que el coste no valorado para los lotes 1 y 2, referido al perfil de coordinación ascendería a 14.954,96 euros.



Por último, señala que a mayor abundamiento, tampoco se desglosa ni queda justificado el coste respecto del personal experto en talleres, desconociendo los conceptos salariales que a criterio de los técnicos se ajustan al convenio, puesto que aún partiendo de la presunción de acierto y razonabilidad de los mismos, la falta de motivación del informe causa indefensión respecto a la cuantificación y comprobación del resto de licitadoras, quedando fijado como una simple afirmación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a lo esgrimido en el recurso. En este sentido, fundamenta sus alegaciones en tratar de justificar que los informes técnicos, respecto a los costes de la persona coordinadora, no incurren en error patente, están motivados y no son arbitrarios.

El informe al recurso, trae a colación determinadas resoluciones de este Tribunal en las que, entre otras cuestiones, se hace referencia a la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores. En este sentido, señala que las alegaciones de la recurrente no pueden prevalecer sobre el juicio técnico emitido por la personal titular de la Jefatura del Servicio de Gestión de Servicios Sociales y la decisión adoptada por la mesa de contratación, dado que dicho parecer técnico goza de una presunción iuris tantum de acierto y razonabilidad, lo que determina que no pueda quedar desvirtuado por la emisión de un juicio técnico paralelo y alternativo de la recurrente, salvo existencia de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no han quedado acreditadas por la recurrente, no habiéndose superado los límites de la discrecionalidad técnica.

En cuanto al hecho de que conste de manera inequívoca y patente que los informes técnicos incurren en error técnico, entiende el órgano de contratación que no se ha acreditado por parte de la entidad recurrente que pudiera existir un error en la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta presentada por STUDIUM y por GP, o en los informes técnicos, de 20 de septiembre de 2019, sobre la justificación de la misma.

Respecto a la motivación de los informes técnicos, el informe al recurso, tras traer a colación la Resolución 36/2019, de 14 de febrero, de este Tribunal, señala que habiendo considerado la mesa de contratación que se justifica adecuadamente la viabilidad de las ofertas, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, dado que nada obliga a que los informes técnicos incluyan argumentos o motivos distintos o complementarios a los ya expuestos por las entidades STUDIUM y GP, para considerar la decisión de entender justificada la viabilidad de las ofertas.



Por último, en relación con el alegato de arbitrariedad, el órgano de de contratación señala que en ningún caso se ha producido la misma, dado que habiéndose justificado suficientemente en los párrafos anteriores que la motivación ha sido suficiente, y que la presunción de certeza que posee el juicio valorativo del órgano técnico evaluador no ha sido desvirtuada, no puede haber existido una actuación arbitraria por parte de este órgano de contratación (v.g. Resolución 231/2019, de 11 de julio, de este Tribunal).

Por otra parte, STUDIUM en su escrito de alegaciones al recuso se opone a lo argumentado por la recurrente, indicando que podía considerarse como coste asumido en la estructura de la empresa el de la persona coordinadora, como determina el artículo 149.4.b) de la LCSP, por las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone la empresa para prestar los servicios que se licitan.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes, procede su análisis. Al respecto, conforme al artículo 149 de la LCSP, la finalidad del procedimiento de justificación de las ofertas, incursas inicialmente en baja anormal o desproporcionada, es asegurar su viabilidad y, por tanto, la de la ejecución del contrato. En este sentido, en la evaluación de la viabilidad de una oferta incursa inicialmente en baja anormal, este Tribunal ha puesto de manifiesto en multitud de ocasiones que es de aplicación, esencialmente, la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos técnicos evaluadores, que ha de ser respetada, salvo error, arbitrariedad o falta de motivación.

En este sentido, en relación con la motivación de los informes técnicos, ha de darse la razón al órgano de contratación, cuando manifiesta, con cita de la Resolución 36/2019, de 14 de febrero de este Tribunal, que si la justificación de la entidad licitadora se considera suficiente, nada obliga a que el informe técnico de viabilidad incluya una motivación o argumentos distintos o complementarios a los expuestos por la licitadora.

Asimismo, ha de estarse con el órgano de contratación cuando en el informe al recurso afirma, con cita de la Resolución 231/2019, de 11 de julio, de este Tribunal, que no ha existido arbitrariedad en los informes técnicos, dado que para que no se produzca arbitrariedad en la valoración de la documentación acreditativa de la viabilidad de una oferta, basta prima facie que la motivación en la decisión de entender o no



justificada su viabilidad sea suficiente, circunstancia que como se ha expuesto acontece en el supuesto examinado.

Por último, en cuanto a la afirmación del órgano de contratación de que no se ha acreditado por parte de la entidad recurrente que pudiera existir un error en la documentación acreditativa de la viabilidad de las ofertas de STUDIUM y de GP o en los informes técnicos sobre la justificación de las mismas, este Tribunal no puede estar de acuerdo.

En efecto, ha de darse la razón a la recurrente cuando afirma que *«Carece de fundamento alguno que se entienda justificado por los técnicos el coste de coordinación sin incremento de costes o coste cero por la mera manifestación de la empresa de contar con personal fijo que realice las funciones»*; y ello en base a los siguientes argumentos:

1. En lo que aquí interesa, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) en su cláusula 8 en relación al «Coordinador», dispone que *«Se deberá contar asimismo con un coordinador que realizará el número siguiente de horas en función del lote adjudicado: [532 para el lote 1 y 516 para el lote 2]. Este coordinador deberá contar con titulación académica de diplomado/grado en trabajador social y tendrá como tareas la gestión, planificación, programación, coordinación y evaluación y que garantice de forma permanente el óptimo funcionamiento de los talleres, así como la calidad y el cumplimiento de los objetivos propuestos. En concreto tendrá las siguientes funciones, entre otras (...).»*

Queda, pues, clara la exigencia en la ejecución del contrato de contar con una persona coordinadora para un total de 1.048 horas (lotes 1 y 2), lo que inevitablemente supone un coste. Así, en el mismo sentido, la cláusula 8 del PPT exige contar con al menos 8 personas expertas en talleres para esos lotes que serán quienes impartan los talleres y actividades, sin que dicho pliego les requiera un grado de dedicación concreto, por lo que será la persona contratista quien dentro de sus facultades de organización deberá atender dicha exigencia con al menos 8 personas, pero evidentemente ello supone un coste para el empresario.

Asimismo, el artículo 100.2 de la LCSP dispone que el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) o documento regulador de la



licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. También y en cuanto al valor estimado del contrato, el artículo 101. de la citada LCSP establece que para su cálculo deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

En este sentido, el apartado 2 del anexo I «características del contrato» del PCAP por remisión de la cláusula 3 del mismo, recoge tanto para el presupuesto base de licitación como para el valor estimado del contrato una tabla en la que consta un desglose de los costes del contrato, que incluye los costes salariales, los gastos generales y de estructura y el beneficio industrial, lógicamente incluyendo los relativos al personal experto en talleres y a la persona coordinadora. Así, entre los costes salariales incorpora el de los salarios, el de la seguridad social, los relativos a la indemnización por cese o finalización de contrato y los ocasionados por bajas laborales, incluidas maternidad y paternidad.

En definitiva, tanto la persona coordinadora como las expertas en talleres, suponen un coste en la ejecución del contrato.

2. El hecho de que las funciones de la persona coordinadora fuesen ofertadas por STUDIUM y por GP a coste cero, esto es de forma gratuita, sin coste para la Administración, afirmando que en relación a este contrato su coste ya está asumido previamente, ello no significa que no tuvieran un coste para el servicio, y por supuesto para dichas entidades, siendo un coste que han de soportar las ofertas al estar dichas funciones definidas e incluidas en el objeto del contrato. En este sentido, aunque se señala en las justificaciones de las ofertas de las citadas entidades que dicho personal está ya contratado, su coste debería imputarse en función del tiempo efectivo que estuviesen destinados al contrato que se licita.

En efecto, no es posible considerar a coste cero la aportación de personal propio de la empresa o del grupo de empresas, pues supone en todo caso un coste para la contratista que tiene que dedicar un personal contratado para un servicio a otro diferente, por lo que deben preverse unos costes que han de imputarse al contrato, circunstancia que no concurre en la justificación de las ofertas de la entidades STUDIUM y GP, como ellas mismas reconocen, al afirmar que el coste para el contrato que se examina es de cero euros para las funciones del personal coordinador.



En definitiva, no es posible admitir el argumento de que las funciones realizadas por la persona coordinadora son a coste cero o sin costes, al tratarse de personal de la empresa o del grupo de empresas, como si este personal estuviera carente de costes salariales y de seguridad social, entre otros, de tal suerte que bien se trate de personal de plantilla o de nueva incorporación, ya sea de forma parcial o en exclusividad, toda persona trabajadora tiene un coste, bien directo por la dedicación a esta actividad, bien indirecto por pérdida de oportunidad al dedicarse a esta actividad en lugar de otra.

En este mismo sentido se han manifestado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en sus Resoluciones 25/2018, 17 de enero y 403/2018, 19 de diciembre, así como el Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos en su Acuerdo 8/2018, de 15 de mayo.

Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 25/2018 dispone que *«Si bien es cierto que la empresa en su justificación aduce que va a poner personal propio adscrito a la “Central de Madrid y la de respaldo de Sevilla” y que parece que asume los costes correspondientes, este Tribunal ya ha señalado en varias ocasiones que esa aportación de personal propio de la empresa no puede considerarse a coste cero puesto que, como indica el informe del Interventor, en todo caso supone un coste para la empresa que tiene que dedicar un personal contratado para un servicio a otro diferente, por lo que deben preverse unos costes que han de imputarse al contrato y que en este caso no se han contemplado en el cuadro de cuenta de resultados de la justificación de la oferta. De ahí que sea razonable el informe en su rechazo de la justificación respecto de esta cuestión.»*.

Y en su Resolución 403/2018 que *«En consecuencia, con lo anteriormente manifestado este Tribunal ha comprobado la no justificación de la viabilidad de la oferta efectuada por la recurrente pudiendo destacar: (...) 2. No contempla costes ni de formación, ni de instalación y mantenimiento, que requieren cinco formadores y cinco técnicos, todos personal cualificado, bajo el peregrino argumento de que estas tareas serán realizadas por personal de plantilla, como si este personal estuviera carente de costes salariales y de seguridad social. Bajo cualquier perspectiva, la plantilla tiene un coste, bien directo por la dedicación a esta actividad, bien indirecto por pérdida de oportunidad al dedicarse a esta actividad en lugar de otra.»*.



Asimismo, en sentido similar, se pronuncia la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 101/2017, de 8 de marzo de 2017, recurso 87/2016, interpuesto contra la Resolución 220/2015, de 23 de diciembre, del citado Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En este sentido, dispone la sentencia en el párrafo segundo de su fundamento cuarto, lo siguiente: *«Pues bien, es lo cierto que aunque se aceptara que la razón de no incluir las actuaciones complementarias en el Estudio Económico fuera que eran ofertadas de forma gratuita, sin coste para la Administración, ello no significa que no tuvieran un coste para la recurrente y para el servicio, siendo un coste que ha de soportar la oferta al implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato.»*.

De aceptar las tesis de las entidades STUDIUM y GP y del órgano de contratación se podría llegar al absurdo de entender el presente contrato como gratuito o lucrativo para la Administración, ya que una de las partes, la persona contratista, realizaría la prestación por mera liberalidad, sin esperar nada a cambio. Piénsese, que al igual que manifiestan dichas entidades que las funciones de coordinación las van a realizar sin coste por tener en sus plantillas personal que puede realizarla, afirmarían lo mismo respecto del personal experto en talleres y señalarían, asimismo, que los gastos generales y de estructura no les suponen un coste añadido para este contrato al estar ya asumido por las empresas previamente y, por último, indicarían que con objeto de asumir cuota de mercado en el presente caso no repercutirían beneficio industrial alguno. En definitiva, se llegaría al absurdo de ofertar la ejecución de un contrato en su totalidad a coste cero para la Administración, lo que iría en contra del carácter oneroso de los contratos, ex artículo 2.1 de la LCSP.

3. Este Tribunal, así como el resto de los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, vienen aceptando que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución del contrato pueden ser ofertadas a coste cero, sin gasto para la Administración, entre otras, aquellas que puedan implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato, las más accesorias dentro de las prestaciones exigidas, determinados costes y algún precio unitario, siempre y cuando su coste se contenga subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado en el que como afirman STUDIUM y GP las funciones de coordinación no les suponen coste añadido en relación a este contrato, al estar ya asumidos por las empresas previamente por tener personal que ejerce esas tareas, por lo que el coste es cero euros.



En este sentido, entre otras, en la Resolución 131/2017, de 27 de junio, de este Tribunal, en lo que aquí interesa, la recurrente alegaba que *«La oferta adjudicataria ha vulnerado la normativa laboral, pues no puede darse cumplimiento al convenio colectivo que sea aplicable efectuando una oferta tan desproporcionada y temeraria como es ofrecer un puesto de trabajo a coste cero»*. Por su parte el órgano de contratación en el informe al recurso señalaba que *«La proposición adjudicataria no anula la nota de onerosidad del contrato, pues el coste cero en una de las tarifas del contrato se retribuye con cargo al precio general del mismo. La empresa adjudicataria tiene libertad para presentar su oferta de conformidad con su estrategia comercial siempre que no incumpla los pliegos»*. Y por otra parte la entidad adjudicataria indicaba *«que ofertó un precio global para la realización del servicio y no cabe colegir que incurra en anormalidad o desproporción, permitiendo dicho precio el cumplimiento íntegro de las obligaciones asumidas»*. Tras lo cual, una vez examinada la controversia este Órgano concluyó lo siguiente: *«(...) en definitiva, la viabilidad de esta [la oferta de la adjudicataria] ha de apreciarse, no en atención a sus distintos componentes por separado, sino en relación al conjunto de la prestación, siendo perfectamente posible, como de hecho sostiene la doctrina expuesta de los tribunales de recursos contractuales, compensar costes entre las distintas partidas en que se desglosa el contrato o aplicar otro tipo de estrategias empresariales que permitan la ejecución del contrato del modo más satisfactorio para la entidad contratante -que no paga ningún precio por las horas de un determinado perfil- y con margen de beneficio, asimismo, para la entidad contratista»*.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1187/2018, de 28 de diciembre, concluía que *«Por ello para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios -compensando unos con otros- responde a su estrategia legítima de oferta, de modo que el hecho de que -no impidiéndolo el PCAP- oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito»*.



También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el de Castilla y León, se han pronunciado de forma similar. El primero de ellos, en su Resolución 349/2018, de 8 de noviembre, en la que establecía que *«En tercer lugar, en tanto que se pueden proponer [mejoras] a coste cero siempre que su coste real sea asumible con cargo al beneficio industrial o los gastos generales de la oferta realizada tiene poco o ninguna lógica incrementar su importe con esos mismos conceptos con cargo a los cuales se financian»*.

Y el segundo en su Resolución 98/2015, de 15 de diciembre, indicaba que *«Pues bien, este Tribunal, acogiendo la doctrina expuesta, comparte el criterio y los argumentos expuestos por el órgano de contratación en su informe y considera que la proposición ofertada por la adjudicataria (cero euros por dos de los tres servicios objeto del contrato) no es contraria a derecho ni anula la nota de onerosidad del contrato, en la medida que puede entenderse, como así afirma la adjudicataria, que el coste de los servicios de comidas y de lavandería se retribuye con cargo al precio general del contrato (de hecho, la adjudicataria oferta el precio de la ayuda a domicilio más elevado de las cinco licitadores, lo que refuerza tal conclusión)»*.

4. La aplicación del artículo 149.4.b) de la LCSP -esgrimido por STUDIUM en su escrito de alegaciones al recurso- permite la justificación de la viabilidad de una oferta por las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga la empresa para prestar los servicios que se licitan, en el supuesto que se examina, sería posible en cuanto al hecho de contar con personal formado y con experiencia de la propia empresa para determinadas funciones, lo que evidentemente implicaría condiciones favorables, pues supondría probablemente disponer de ese personal a menor coste que si tuviese que buscarlo en el mercado laboral con la misma formación y experiencia, pero en modo alguno permite que sus costes no se repercutan en el contrato que se licita.

En este sentido, el mismo razonamiento esgrimido en el párrafo anterior en cuanto al alegato de STUDIUM, ha de aplicarse a la justificación dada por la entidad GP en su documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, en la que señala que su pertenencia a un mismo grupo, su tamaño, y disponibilidad de sus profesionales, le otorga una ventaja competitiva frente a la competencia por poder optimizar sus costes de personal en los distintos proyectos.



En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, no siendo alguno de los supuestos de las resoluciones analizadas en el argumento tercero el que concurre en el caso examinado en la presente resolución, procede estimar el recurso interpuesto, declarando que conforme a lo expuesto las entidades STUDIUM y GP, en los términos recogidos en la presente resolución, no justificaron la viabilidad de sus ofertas respecto de los lotes 1 y 2.

Por último, señala la recurrente que a mayor abundamiento, tampoco se desglosa ni queda justificado el coste respecto del personal experto en talleres, desconociendo los conceptos salariales que a criterio de los técnicos se ajustan al convenio, puesto que aún partiendo de la presunción de acierto y razonabilidad de los mismos, la falta de motivación del informe causa indefensión respecto a la cuantificación y comprobación del resto de licitadoras, quedando fijado como una simple afirmación.

Al respecto, no se puede dar la razón a SENIORS ASISTENCIA, pues no existe falta de motivación en los informes técnicos en el sentido expuesto ut supra, recogiendo en relación al perfil experto en talleres en la documentación justificativa de las ofertas de STUDIUM y GP, los costes imputados y desglosados.

Asimismo, a mayor abundamiento, aun cuando no se plantea por ninguna de las partes, se va a abordar la afirmación recogida en la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta de STUDIUM, relativa a que dicha empresa dispone de fondos económicos propios con los que hacer frente a los costes de personal, incluido el de coordinación. En este sentido, a juicio de este Tribunal, dicha afirmación podría, en todo caso, si así se hubiese previsto, justificar la solvencia económica y financiera de una entidad licitadora, pero no es posible con ello pretender acreditar la viabilidad económica de una oferta inicialmente incurrida en baja anormal. De ser así, cualquier empresa con una elevada capacidad financiera (músculo financiero en lenguaje coloquial), solo tendría que acreditarla para justificar la viabilidad de una oferta por muy anormal o desproporcionada que fuese, lo que choca frontalmente con lo dispuesto en la LCSP, y en concreto en su artículo 149.

**SÉPTIMO.** La corrección de la infracción legal cometida, que ha sido anteriormente analizada, debe llevarse a cabo anulando la resolución, de 22 de octubre de 2019, de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones para que por el órgano de contratación, respecto de los lotes 1 y 2, se proceda a la exclusión de las ofertas presentadas por las entidades STUDIUM y GP por no acreditar la



viabilidad de sus ofertas inicialmente incursas en baja anormal, al ser el competente para ello conforme al artículo 149 de la LCSP, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por último, en cuanto al alegato de la entidad recurrente, SENIORS ASISTENCIA, en el que solicita que se resuelva la adjudicación del contrato a favor de la entidad licitadora que garantice su cumplimiento, es necesario poner de manifiesto que este Tribunal solo tiene funciones revisoras de los actos que se recurran ante él (artículo 57.2 de la LCSP), no siendo esta la vía para solicitar que el órgano de contratación se pronuncie sobre determinados extremos.

Por tanto, careciendo este Órgano de competencia para pronunciarse sobre ello, ha ser el órgano de contratación al que corresponde acordar, si ha lugar, la adjudicación del contrato (v.g. Resoluciones este Tribunal 277/2019, de 6 de junio, 337/2019, de 18 de octubre y 428/2019, de 19 de diciembre, entre otras muchas. En este sentido, una de las novedades de la LCSP -respecto a la normativa anterior- es la prevista en su artículo 57.4 que exige al órgano de contratación, en el caso de estimación total o parcial de recurso, dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SENIORS ASISTENCIA, S.L.** contra la resolución, de 22 de octubre de 2019, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de talleres y actividades a impartir en los centros de participación activa de personas mayores adscritos a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en la provincia de Cádiz” (Expte. CONTR 0000179684), respecto de los lote 1 y 2, promovido por la Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de Cádiz y, en consecuencia, anular el acto impugnado, a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución.



Inadmitir dicho recurso respecto de los lotes 3 y 4, conforme a lo recogido en el fundamento segundo de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

