Junta de Andalucía

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Recurso 273/2021
Resolución 514/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 3 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE HOGARES PARA NIÑOS PRIVADOS DE AMBIENTE FAMILIAR NUEVO FUTURO SEVILLA** contra la resolución, de 20 de mayo de 2021, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio para la contratación de 361 plazas de acogimiento Residencial de Menores en Sevilla» (Expte. CONTR 2019 0000412578), respecto del lote 9, convocado por la Delegación Territorial de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de diciembre de de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 24 de diciembre de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 47.722.104,00 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 20 de mayo de 2021, del órgano de contratación se adjudica el contrato citado en el encabezamiento, respecto del lote 9, a la entidad AOSSA GLOBAL, S.A. (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 11 de junio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE HOGARES PARA NIÑOS PRIVADOS DE AMBIENTE FAMILIAR NUEVO FUTURO SEVILLA (en adelante la recurrente), contra la citada resolución de adjudicación del contrato, respecto del lote 9.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 9, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación del contrato fue publicada en el perfil de contratante el 21 de mayo de 2021, sin que conste entre la documentación enviada por el órgano de contratación ni la remisión ni la notificación de la misma a la entidad ahora recurrente; en cualquier caso y aun cuando se inicie el cómputo del plazo desde el día siguiente a la publicación en el perfil de contratante, el recurso presentado el 11 de junio de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Sobre la proposición económica, las mejoras ofertadas y la infracción de lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP de la ahora adjudicataria.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución adjudicación del contrato, respecto del lote 9, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se acuerde *«la retroacción del procedimiento al objeto de que el Órgano de Contratación rechace la oferta de (…) [la adjudicataria], con continuación 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 denunciada, resolviendo en definitiva adjudicar el contrato de referencia a la (…) [la recurrente], todo ello con cuanto más proceda»*.

1. Alegaciones de la recurrente.

Sobre la proposición económica, las mejoras ofertadas y la infracción de lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, indica la recurrente que la entidad ahora adjudicataria ha recibido determinada puntuación en las mejoras previstas en los apartados 2.1.1 y 2.1.5 del anexo XII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), consistentes en la ampliación del número de profesionales o de horas de atención, a partir del mínimo exigible en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y en la contratación de personas jóvenes mayores de 16 años que hayan sido tutelados/as por la entidad pública competente en materia de protección de menores, respectivamente, lo que indudablemente supone un incremento de los costes laborales y sociales para la prestación del servicio, resultando su oferta absolutamente inviable e inasumible desde un punto de vista económico. Así las cosas, tras exponer un estudio de los costes que a su juicio son necesarios para ejecutar la prestación, manifiesta que la oferta de la entidad adjudicataria no cubre los gastos derivados del contrato, resultando unas perdidas de 92.704,98 euros.

En este sentido, señala que aplicando los parámetros objetivos para considerar la oferta anormal o desproporcionada, están incursas en presunción de anormalidad aquellas que se sitúen por debajo de 473.688,00 euros para el lote 9, siendo la diferencia con el presupuesto base de licitación de 52.632, 00 euros, *«cantidad que casi se ve más que duplicada en las pérdidas calculadas que pudiera tener la entidad (…) [ahora adjudicataria] en su propuesta de prestación del Servicio.»*. Al respecto, indica que sobre la base de lo establecido en los artículos 149 y 201 de la LCSP, y de los hechos y circunstancias expuestos anteriormente, que ponen de manifiesto que la oferta y las mejoras propuestas por la adjudicataria resulta absolutamente inviable sin infringir la normativa social y laboral, por lo que el órgano de contratación debió rechazar la referida proposición.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En síntesis afirma el órgano de contratación en el informe al recurso que *«la oferta de la adjudicataria no se encuentra incursa en presunción de anormalidad conforme a lo dispuesto en el PCAP»*. En este sentido, indica que el anexo XIII del PCAP, señala que «*Los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos serán los siguientes: - Que la oferta sea un 10% más baja que el presupuesto de licitación.»*. Así las cosas, manifiesta que *«Si se aplica todo lo anterior al caso presente, teniendo en cuenta que el Presupuesto base de licitación es de 526.320 euros, los Pliegos consideran en situación de anormalidad las ofertas por debajo de 473.688,00 euros, y la proposición de la adjudicataria es de 514.624 euros, por lo que no se encuentra incursa en presunción de anormalidad, a la luz de los pliegos, y no procedía por ello solicitar justificación alguna sobre la viabilidad económica de la oferta»*.

3. Alegaciones de la entidad ahora adjudicataria.

La entidad ahora adjudicataria en su escrito de alegaciones al recurso se pronuncia en términos similares al informe al recurso del órgano de contratación.

4. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, para el análisis de la controversia ha de tenerse en cuenta que este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (v.g. Resoluciones 241/2018, de 16 de agosto, 339/2019, de 18 de octubre, 349/2020, de 22 de octubre y 232/2021, de 10 de junio, entre otras) que: *«(...) no es posible determinar la inviabilidad de una oferta o si está inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, si no se acredita que incumple con los parámetros*

objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación, como acontece en el recurso examinado».

En este sentido, este Tribunal en su Resolución 139/2019, de 3 de mayo, dispone que *«(...) no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP, (…) o ser consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP).*

Asimismo, como señala la Resolución 373/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), «la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Solo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso: si la oferta de (...) está por debajo del convenio colectivo sectorial y si la norma de aplicación sobre el acto de adjudicación impugnado debe ser la LCSP».

Y en parecidos términos se pronuncia la reciente Resolución del mismo Tribunal 353/2019, de 15 de marzo, al abordar si la organización del personal propuesto por la adjudicataria se ajustaba a la realidad y esta podía cumplir con la obligación de mantenimiento de condiciones laborales durante la vigencia del contrato, extremos negados por la entidad recurrente. La citada resolución señala que «En el presente caso, el órgano de contratación ha efectuado la propuesta de adjudicación a favor de (...), por ser la oferta económica con la mejor relación calidad-precio (de acuerdo con la puntuación obtenida), y no estar incursa en baja anormal o desproporcionada, de acuerdo con el criterio fijado en el PCAP.

(...) los datos ofrecidos por la recurrente no son suficientes per se para deducir que la empresa adjudicataria incumple la normativa laboral y de Seguridad Social, sin perjuicio, claro está, de las medidas que pueda adoptar el órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LCSP, para garantizar el respeto de tal normativa por parte del adjudicatario».

En el supuesto aquí analizado, la recurrente no discute que la oferta económica presentada por la entidad ahora adjudicataria no estaba incursa en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros objetivos previstos en el PCAP, razón por la cual no es posible presuponer sin más que va a incumplir sus obligaciones laborales en base a los motivos alegados, ya que de acuerdo con lo expuesto sólo procedería la exclusión de su oferta cuando estando incursa inicialmente en anormalidad -circunstancia que no concurre-, y tras la tramitación del correspondiente procedimiento contradictorio, no hubiera justificado la viabilidad de la misma. De lo anterior, este Tribunal concluye que no se aprecia la infracción alegada por la recurrente. En este mismo sentido, se ha pronunciado este Tribunal en su reciente Resolución 197/2021, de 20 de mayo.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primero de los motivos del recurso.

SEXTO. Fondo del asunto. Sobre la incorrecta valoración de la oferta de la ahora recurrente en el lote 9.

1. Alegaciones de la recurrente.

Cuestiona la recurrente la valoración que se ha realizado de su oferta respecto a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. En este sentido, el recurso parte del informe de valoración de las ofertas realizado por la comisión técnica y denuncia que en cinco epígrafes del mismo se ha infravalorado su proposición, cuando a su juicio debería haber sido valorada con la puntuación máxima en unos caso o mejor en otros, en orden a su propuesta que concreta en el recurso para cada epígrafe que cuestiona.

Asimismo, respecto de los epígrafes dos y tres del informe de valoración afirma, a mayor abundamiento, que aun cuando en dicho informe se contienen las mismas observaciones que las que se recogen para la oferta de la adjudicataria, la puntuación que se le ha otorgado a su proposición ha sido menor.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Indica el informe al recurso que de acuerdo con el principio de congruencia a que se refiere el artículo 57.2 de la LCSP, en el presente caso la recurrente exclusivamente señala su desacuerdo con la puntuación otorgada, efectuando a juicio del órgano de contratación una valoración alternativa a su proyecto, sin que por otra parte se alegue un error patente, arbitrariedad o falta de motivación en la puntuación combatida, por lo que no procede valorar estos aspectos al no ser invocados en el recurso como posible infracción cometida por el acto impugnado. En este sentido, añada el informe al recurso que la recurrente simplemente tacha de incorrecta la valoración efectuada en el procedimiento de licitación, entendiendo que tendría que haberse hecho de otra manera y otorgarse mayor puntuación.

3. Alegaciones de la entidad ahora adjudicataria.

La entidad ahora adjudicataria en su escrito de alegaciones al recurso se opone a lo afirmado en el recurso señalando que la valoración realizada por el órgano de contratación es correcta en todos sus extremos

4. Consideraciones del Tribunal.

Considera este órgano que en cuanto a la pretensión de indebida valoración conforme a criterios sujetos a un juicio de valor de la oferta de la ahora recurrente, procede invocar la doctrina de la discrecionalidad técnica, la cual ya ha sido expuesta en profundidad por este Tribunal en numerosas resoluciones, entre otras muchas, en la Resolución 105/2020, de 1 de junio y en la 250/2021, de 24 de junio, según la cual los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y que solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Sobre el particular, la descripción de la documentación a presentar en la oferta que será la valorable conforme a los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor, se encuentra detallada en diversas cláusulas tanto del PCAP como del PPT, por lo que la información contenida en los documentos que rigen la licitación constituye, conjuntamente, un fondo parcialmente reglado del criterio que limita el margen discrecional de apreciación a la hora de aplicarlo.

Partiendo de esta premisa, observando el informe de valoración de 21 de febrero de 2021, que sirve de base para la valoración y asignación de puntuación a las ofertas de las entidades licitadoras al lote 9, y teniendo en cuenta que en dicha evaluación rige como se ha expuesto la discrecionalidad técnica, de tal modo que el poder

adjudicador goza de un cierto margen en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, no es revisable por este Tribunal todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto al fondo parcialmente reglado del criterio así como los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho.

Estos límites van a impedir la revisión del llamado fondo material de la decisión (es decir, el propio informe técnico de valoración), pero no el de cuestiones accesorias, como pueden ser las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese acto para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad. De este modo, la adecuada motivación en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor es una de las funciones que facilita el control de legalidad de la adjudicación a este Tribunal. Es decir, partiendo de la doctrina reiterada (por éste y otros órganos) que señala que la motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto, los elementos básicos de dicha motivación son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, es decir, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia, con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto.

Dicha valoración de 21 de febrero de 2021 de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico, compuesto por cuatro personas, extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y del resto de licitadoras en el que se recogen aquellas cuestiones propuestas por las empresas que tienen que ver con lo previsto en cada uno de los criterios a valorar, hallándose justificada ampliamente las razones por las que entiende que las ofertas son valoradas con las puntuaciones que se les asignan, atendiendo a los criterios establecidos en los pliegos.

La citada motivación, impide que este Tribunal pueda entrar a valorar el juicio técnico emitido por el órgano evaluador, pues las aparentes contradicciones denunciadas, están contestadas con solvencia en el informe del órgano de contratación al recurso, que ha sido resumido anteriormente, conforme a los términos reflejados en el mismo y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos, sin que se puede apreciar error en la valoración efectuada.

En definitiva, en el supuesto examinado, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la oferta presentada por la recurrente, el informe de valoración emitido, y lo analizado a lo largo de la presente resolución, a juicio de este Tribunal, las alegaciones de la recurrente en contra de la puntuación asignada a su oferta en los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, entendiendo que dicha puntuación debe ser mayor, constituyen una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que, como se ha señalado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no concurren en el presente supuesto.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar conforme a lo expuesto el segundo motivo de recurso.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Sobre la obligación de la adjudicataria de acreditar la realidad y disposición de las mejoras ofertadas con carácter previo a la formalización del contrato.

1. Alegaciones de la recurrente.

Indica lo siguiente: «*Con carácter subsidiario y solo para el supuesto en el que el motivo principal de este recurso no sea estimado, [lo que ha acontecido en el presente caso] consideramos que de forma previa a que (…) [la adjudicataria] suscriba el Contrato correspondiente al Lote n.° 9, la referida compañía debe acreditar mediante la documentación original o debidamente compulsada, de que, efectivamente, cuenta con las mejoras ofertadas, muy especialmente las relativas a la ampliación del número de profesionales y/o horas de atención, la disposición de otras titulaciones relacionadas con el contrato, idiomas, experiencia laboral del personal técnico y educativo y la contratación de mayores de 16 años.*

Así se dispone en el Anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que establece que al propuesto adjudicatario se le requerirá la acreditación mediante documentación original o debidamente compulsada de dichas mejoras de la siguiente manera: (...).

En consecuencia, podrían darse dos situaciones:

- Si la entidad (…) [adjudicataria] no acredita la realidad de las mejoras ofertadas, deberá rebaremarse la puntuación de dicha licitadora, con retroacción del expediente.
- En defecto de lo anterior y de no haberse producido el requerimiento en cuestión, deberá retrotraerse el procedimiento al momento previo a la adjudicación a tales efectos».

2. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, a juicio de la recurrente, «*de forma previa a que (…) [la adjudicataria] suscriba el Contrato correspondiente al Lote n.° 9, la referida compañía debe acreditar mediante la documentación original o debidamente compulsada, de que, efectivamente, cuenta con las mejoras ofertadas*», afirmando tras lo cual que se pueden dar dos situaciones que describe. En este sentido, el recurso plantea un escenario que todavía no se ha producido, pretendiendo que este Tribunal se pronuncie sobre unos hechos futuros con carácter previo a que lo haga el órgano de contratación, careciendo de competencia para ello.

En efecto, como se ha destacado en reiteradas ocasiones (valga por todas una de las primeras resoluciones, la 62/2012, de 29 de febrero y una de las últimas, la 143/2021, de 15 de abril), este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 57 de la LCSP. Por tanto, de apreciar la concurrencia de los tales vicios, sólo cabe proceder a la anulación del acto impugnado, ordenando que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en el que el vicio se produjo, sin que, en ningún caso pueda el Tribunal sustituir la competencia propia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación.

Procede, pues, desestimar en el sentido expuesto el tercero y último de los motivos y con él el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación por la **ASOCIACIÓN DE HOGARES PARA NIÑOS PRIVADOS DE AMBIENTE FAMILIAR NUEVO FUTURO SEVILLA** contra la resolución, de 20 de mayo de 2021, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio para la contratación de 361 plazas de acogimiento Residencial de Menores en Sevilla» (Expte. CONTR 2019 0000412578), respecto del lote 9, convocado por la Delegación Territorial de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de Sevilla.

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, respecto del lote 9.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.