Recurso 492/2021
Resolución 69/2022

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

Sevilla, 28 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.,** contra el acuerdo del órgano de contratación, de 28 de septiembre de 2021, por el que se excluye su oferta y se adjudica el contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio" (Expte. SE-03/21), convocado por el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 y 12 de marzo de 2021, se publicó, respectivamente, en el el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 17.582.495,42 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.

El 28 de septiembre de 2021, el órgano de contratación acordó excluir la oferta de la recurrente al no haber justificado la viabilidad de su proposición incursa inicialmente en valores anormales o desproporcionados y asimismo procede a adjudicar el contrato. Dicho acuerdo fue remitido a la entidad recurrente y fue publicado en el perfil de contratante el día 5 de octubre de 2021.

SEGUNDO. El 27 de octubre de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CLECE, S.A., (en adelante CLECE o la recurrente) contra el citado acuerdo, de 28 de septiembre de 2021, por el que el órgano de contratación acuerda excluir su oferta incursa inicialmenrte en valores anormales o desproporcionados y adjudica el contrato.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente recibido.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento 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, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone formalmente contra el acuerdo del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato, aunque de forma material se combate la exclusión de su oferta que también se adopta en el mismo acto, adoptado en el procedimiento de licitación 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 cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, 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 seno del procedimiento de contratación, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente que combate la exclusión de su oferta al considerar que la misma es viable y porque,subsidiariamente, entiende que la mesa de contratación debió de solicitarle aclaraciones adicionales.

Como punto de partida procede mencionar que no es objeto de controversia el hecho de que la proposición económica de la recurrente se encontraba dentro de los parámetros establecidos en la cláusula 19 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) para que se procediera a dar el trámite de audiencia previsto en el artículo 149 de la LCSP para la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas inicialmente en valores anormales o desproporcionados.

En este sentido según figura en el expediente, el 23 de junio de 2021, la mesa de contratación solicitó a la recurrente que justificara la viabilidad de su oferta mediante el siguiente requerimiento:

> *«De conformidad con lo establecido en el artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, se le concede un plazo de audiencia por cinco días hábiles, contados desde el día siguiente al envío de la presente notificación, para que justifique la valoración de la oferta presentada, y precisen las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al cumplimiento de los gastos de personal y de los gastos de funcionamiento del servicio, debiendo incluir un desglose pormenorizado de dichos costes, con detalle de su repercusión en el precio hora ofertado y explicar detalladamente aquellos conceptos que le supongan un ahorro respecto del estudio de costes que figura en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige en el contrato».*

La recurrente presentó, el 29 de junio de 2021, documentación justificativa sobre la viabilidad de su oferta en la que se concluye lo siguiente:

> *«1.- El precio ofertado (14,60 €/h, IVA incluido) para el grueso de horas de prestación del servicio (240.664 -de lunes a sábados- sobre 249.788 totales) coincide exactamente con la subvención de la Junta de Andalucía sobre el precio/hora de prestación del servicio según la Resolución de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.*
>
> *2.- La diferencia entre el importe resultante de multiplicar los precios ofertados por CLECE para cada tipo de hora (sin IVA), por la previsión anual de horas establecidas en este pliego y el promedio de todas las ofertas económicas anuales presentadas en esta licitación sería de tan solo 12.590,34 €. Lo que representa una cifra mínima frente al global del contrato.*
>
> *3.- Según el estudio de viabilidad del contrato presentado en el apartado 3 del presente documento, se muestra, de manera objetiva, que los costes reales del servicio, teniendo en cuenta las necesidades y exigencias requeridas por los pliegos que rigen el procedimiento de contratación del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Lucena estarían por debajo del importe total ofertado.*
>
> *En cualquier caso si, por alguna circunstancia extraordinaria, la prestación del servicio supusiera algún coste no previsto, CLECE se compromete, mediante esta justificación, a asumir y sufragar los gastos que pudiera ocasionar.*
>
> *No obstante, CLECE queda a disposición del Ayuntamiento de Lucena para cualquier aclaración posterior que considere oportuna derivada del presente documento además de comprometerse a cumplir y respetar escrupulosamente toda la normativa en materia sociolaboral».*

Con fecha 4 de agosto de 2021, se emite por parte de los servicios municipales informe técnico sobre la justificación presentada por la recurrente acerca de la viabilidad de su oferta. En dicho informe, en síntesis, se indica respecto a la primera de las cuestiones que el precio que oferta la recurrente y que coincide con el precio hora fijado en el ámbito de la administración autonómica no tiene nada que ver con con el presupuesto base de licitación del presente contrato, que se ha fijado -indica- en función de sus peculiaridades y de sus características específicas. Respecto a la segunda de las cuestiones -la exigua cantidad por la que la oferta de la recurrente queda incursa en valores anormales- manifiesta que los parámetros establecidos en el PCAP se utilizan para la

detección de la presunta anormalidad y que una mayor o menor diferencia de anormalidad no puede prejuzgar la viabilidad o inviabilidad de la oferta.

Además de lo anterior, el mencionado informe técnico contiene las siguientes conclusiones con relación al estudio de costes aportado por la recurrente:

«la empresa estima el número de auxiliares a domicilio que utilizará para la prestación de las 249.788 horas anuales de servicio previstas en el PCAP (240.664 + 9.124). Deduce la empresa licitadora que requerirá el equivalente a 122,84 auxiliares de ayuda a domicilio a jornada completa (118,35 + 4,49), lo que supondría que cada una de dichas auxiliares debería impartir 2.033,44 horas anuales (249.788 horas /122,84 auxiliares), cifra muy superior a la prevista en el artículo 39 del vigente convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía persona, que establece una jornada máxima anual de 1.755 horas de trabajo efectivo.

En consecuencia el cálculo de costes salariales realizado con posterioridad por la licitadora, con el fin de estimar el gasto total de mano de obra necesario para la prestación de las 249.788 horas anuales de servicio, se realiza en base a un número de auxiliares muy inferior a las realmente necesarias para dicho volumen de trabajo por lo que en consecuencia, la suma del volumen total de costes que presenta en su estudio de viabilidad debe considerarse erróneo.

Así las cosas, si dicho estudio fuese actualizado en su partida de gastos de personal, en base a los correspondientes para 142,33 auxiliares de ayuda a domicilio a jornada completa (249.788 horas / 1.755 horas aux), se acreditaría que la empresa licitadora tendría pérdidas en el supuesto de resultar adjudicataria del contrato, a no ser que tratase de paliar dichas pérdidas con la aminoración de otras partidas, lo que pudiera tener repercusión en la calidad del servicio prestado.

Es cierto que el estudio incluye una partida para sustitución de vacaciones, valorada en 238.703,29 euros anuales, que servirá para la contratación de más auxiliares que realicen los trabajos de sustitución de aquellas que se encuentren en periodo vacacional, pero dicho importe cubriría los costes de 12 ó 13 auxiliares más a jornada completa, lo cual sigue resultando insuficiente para la cobertura de la totalidad de las horas de servicio previstas.

Igualmente, se reflejan determinadas partidas correspondientes a los "gastos de mano de obra" cuya previsión ha de considerarse insuficiente, tales como:

- "Coste estimado desplazamientos", que prevé un gasto anual de 49.115,40 euros. Si dicho importe lo distribuimos entre las 142 auxiliares de ayuda a domicilio (teóricos), a jornada completa, y durante las 220 jornadas que aproximadamente desarrollarán a lo largo de la anualidad, implica una previsión de coste de 1,57 euros por auxiliar y jornada, lo que puede suponer aproximadamente el coste de unos 8 ó 9 minutos de trabajo, tiempo insuficiente para cubrir los 2 ó 3 desplazamientos que, de promedio, deberá realizar cada auxiliar a lo largo de su jornada.

- "Coste estimado desayunos", que prevé un gasto anual de 29.820,06 euros. Igualmente si dicho importe lo distribuimos entre las 142 auxiliares y durante las 220 jornadas anuales, supone una previsión de coste de 0,95 euros por auxiliar y jornada. Aunque evidentemente no todas las auxiliares disfrutarían del descanso diario, pues ello depende de la organización interna del servicio y del número de auxiliares con jornada diaria continuada superior a seis horas (art. 39.1 del convenio), parece que dicha previsión puede ser exigua.

- Finalmente se contempla una partida a tanto alzado para sufragar el coste de las mejoras ofertadas por el licitador, por cuantía de 74.661,60 euros anuales, aunque dicha partida no se desglosa ni se justifica en modo alguno.

Por todo lo expuesto, los técnicos que suscriben el presente informe consideran que la justificación presentada por la empresa Clece S.A. no justifica suficientemente el bajo nivel de los precios o costes

propuestos por el licitador y consideran que la adjudicación a su favor del contrato, puede comprometer la calidad del servicio a prestar».

El 9 de agosto de 2021, tiene lugar sesión de la mesa de contratación en la que según figura en el acta levantada al efecto, tras dar cuenta del informe técnico anteriormente mencionado, se acuerda excluir la oferta de la recurrente al entender que no ha justificado suficientemente la viabilidad de su oferta y propone la adjudicación al órgano de contratación.

El 25 de agosto de 2021, la recurrente presentó escrito dirigido tanto a la mesa como al órgano de contratación en el que, en síntesis, argumenta que la mesa de contratación no es el órgano competente para acordar su exclusión, combate las conclusiones del informe técnico mencionado de 4 de agosto de 2021 y amplía y modifica la justificación de la viabilidad de la oferta que fue presentada en un primer momento.

Posteriormente, el órgano de contratación responde a la recurrente informándole que *«en contestación a su consulta, hemos de manifestarles que el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación en la sesión de referencia, relativo a la desestimación de la oferta de Clece S.A., es una mera propuesta realizada al Órgano de Contratación».* Acuerdo que finalmente se adopta el 28 de septiembre de 2021, en el que se reproduce el informe técnico anteriormente mencionado y en el que el órgano de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente por entender que no resulta viable.

2. Alegaciones de las partes.

a) Alegaciones de la recurrente.

La recurrente combate el acuerdo del órgano de contratación, de 28 de septiembre de 2021, por el que acuerda la exclusión de su oferta, en este sentido, la recurrente alega en síntesis:
- Que su oferta es plenamente viable para la ejecución del contrato y el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de él.
- Que el acuerdo del órgano de contratación por el que se excluye su oferta incurre en errores, en arbitrariedad y desproporción, defectos que resultan determinantes de la decisión adoptada.
- Que en última instancia la mesa o el órgano de contratación debieron solicitarle las oportunas aclaraciones antes de decidir excluirla.

Manifiesta que anexa a su escrito de recurso un informe pericial independiente para acreditar la viabilidad de su oferta.

En su escrito, realiza una petición principal y otra subsidiaria:
- De manera principal solicita que se anule el acto impugnado, se ordene al órgano de contratación que acuerde la admisión de su oferta proponiendo la adjudicación a su favor.
- De manera subsidiaria, que se retrotraigan las actuaciones al momento justamente anterior al acuerdo de exclusión y clasificación final de las ofertas, a fin de que se le soliciten las aclaraciones oportunas sobre los aspectos concretos de su justificación de baja que se mencionan en el Informe técnico emitido en el seno del expediente, antes de tomar una decisión sobre la admisión o exclusión de dicha compañía.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, en síntesis, argumenta lo siguiente:

- Que de conformidad con lo previsto en la cláusula 19 del PCAP que rige en el procedimiento, la proposición presentada por la recurrente, ha sido formulada en términos que permiten presumir su inviabilidad al haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja.
- Que la Mesa de Contratación ha realizado la tramitación prevista en el artículo 149 de la LCSP para dichos supuestos.
- Que el informe técnico que consta en el expediente contiene argumentos suficientes para poner en serias dudas la viabilidad de algunas de las partidas en que la recurrente desglosó inicialmente su presupuesto, así como para poner de manifiesto los graves errores efectuados por la licitadora al basar el estudio de sus costes sobre un número de auxiliares inferior al realmente necesario para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la adjudicación del servicio, por lo que no se puede establecer que el licitador haya aportado argumentos sólidos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo la prestación del servicio por el precio ofertado.

En consecuencia, manifiesta que teniendo en cuenta la doctrina sobre la discrecionalidad técnica aplicable a estos supuestos y existiendo una justificación reforzada que permite presumir la inviabilidad de la oferta de la recurrente, frente a ellos solo cabe una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores lo que, a juicio de este técnico, la recurrente no acredita.

Sobre el informe pericial presentado por la recurrente argumenta *«que se trata de un informe de parte que se presenta de forma extemporánea (pudo presentarse en el plazo otorgado a la licitadora para que justificara su oferta) que aporta otra versión, la tercera, para la justificación de los valores anormales de la proposición de la recurrente. Por dicho carácter extemporáneo no procede su consideración, más allá que para dejar constancia de que la licitadora pretende plantear nuevas versiones de la justificación de su proposición, ante sus propias dudas de rebatir los argumentos del informe técnico».*

En definitiva, solicita que se desestime el recurso y además que este Tribunal aprecie mala fe en su interposición con la imposición de la multa que proceda.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Se comenzará analizando la pretensión principal. En primer lugar lugar la recurrente argumenta que su oferta es plenamente viable y que el informe que analiza la justificación que presentó adolece de errores, arbitrariedad y desproporción.

La recurrente combate el acuerdo de exclusión aludiendo, en primer lugar, al escrito que presentó, el 25 de agosto de 2021, dirigido al órgano de contratación sobre el que indica *«En dicho escrito se expresaban, además, los errores y motivos principales por los que entendía que el Informe técnico sobre ofertas incursas en presunción de anormalidad que había sido emitido no debía acogerse y la procedencia de que se le hubiesen solicitado las oportunas aclaraciones sobre su justificación antes de tomar ninguna decisión».*

Argumenta, que el órgano de contratación a la hora de excluir su oferta no se pronunció sobre este escrito, de 25 de agosto de 2021, -escrito dirigido a la mesa y al órgano de contratación, a la vista de la "propuesta" de exclusión de su oferta- donde la recurrente puso de manifiesto las supuestas arbitrariedades en la actuación de la mesa de contratación, así como los aspectos recogidos en el informe de viabilidad que la recurrente considera que son susceptibles de aclaración. Por lo que, concluye, la decisión del órgano de contratación obvió totalmente las consideraciones realizadas y aclaraciones contenidas en el mencionado escrito.

Sobre esta cuestión, según consta en el expediente administrativo remitido, procede mencionar que la mesa de contratación y posteriormente el órgano de contratación, efectivamente, analizan el documento inicial de la recurrente, de 29 de junio de 2021, dado que fue el presentado dentro del plazo concedido por la mesa de contratación parra la justificación de la viabilidad de la oferta de conformidad con el procedimiento regulado en el artículo 149 de la LCSP. De esta forma, el documento posterior, el de 25 de agosto, en el que la recurrente viene a combatir las consideraciones contenidas en el informe de justificación de viabilidad y amplía, aclara o modifica la justificación inicialmente presentada, se ha de considerar como un documento extemporáneo, cuya aceptación podría conculcar el principio de igualdad de trato entre licitadores. Además, se ha de indicar que precisamente la vía para combatir las decisiones dentro del procedimiento de licitación, es la del recurso, que la recurrente utiliza con la presentación del que aquí se analiza. Por tanto, se ha de concluir que el órgano de contratación no cometió infracción de la legalidad al no tener en consideración el escrito de 25 de agosto de 2021 presentado fuera de plazo por la recurrente.

Sentado lo anterior, procede también aclarar que el alcance del recurso especial se circunscribe a la posibilidad de revisión de la actuación del órgano de contratación para que -a la vista de la justificación de la oferta presentada por CLECE, escrito de 29 de junio- se pueda comprobar si el órgano incurrió en error o arbitrariedad a la hora de considerar que la misma no era viable y excluir su oferta. Es decir, no cabe ahora en vía de recurso aportar nuevos elementos o justificaciones sobre la viabilidad de la oferta que no hubieran sido ya indicados en el documento inicial presentado el 29 de junio de 2021, puesto que el objeto de la actuación revisora no es comprobar la viabilidad de la oferta sino si ha habido error o arbitrariedad en la decisión adoptada por el órgano de contratación a la vista de las justificaciones aportadas por la recurrente en el momento en el que se le requirieron.

En este sentido y de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, por todas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada 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.

CLECE en su escrito de recurso comienza reiterando los dos primeros argumentos incluidos en la justificación de su oferta, documento de 29 de junio de 2021, al considerar que el órgano de contratación no los tuvo en consideración de forma correcta. Manifiesta, que el precio hora establecido en su proposición -que asciende a 14,60 euros- se aplica tanto para la prestación del servicio de lunes a sábado como en domingos y festivos. Sobre lo anterior, si bien reconoce que el PCAP contempla un precio hora distinto para ambos períodos, afirma que las horas que se realizan el domingos y festivos suponen un 3,65% del total por lo que su repercusión en el precio total es mínimo.

Argumenta, que el precio ofertado coincide con el coste hora de referencia a efectos de financiación establecido por la Junta de Andalucía mediante Resolución de 25 de febrero de 2021 de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (BOJA núm. 42, de 4 de marzo de 2021). La propia recurrente indica que *«Somos*

plenamente conscientes de que no es un aspecto que en sí mismo baste para acreditar la viabilidad económica de la oferta» pero considera que se debió tener en cuenta.
Sobre esta cuestión, y como el órgano de contratación manifiesta en su informe, el hecho de que la recurrente incluya un precio hora que coincida con el establecido por la Junta de Andalucía para la financiación del servicio puede resultar indicativo pero en ningún caso justificativo, en este sentido hay que dar la razón al órgano de contratación, cuando manifiesta:

> *«el precio aprobado por la Administración autonómica está referido a su aportación a los municipios para la financiación del servicio, que es único para toda la Comunidad Autónoma y que en nada tiene que ver con el presupuesto base de licitación del contrato, calculado en función de las características del servicio que específicamente se presta en Lucena, que no tiene que ser necesariamente de iguales características que el que se pueda prestar en otros municipios y de ahí el estudio económico que figura en los pliegos que rigen en el procedimiento, a los efectos de justificar el presupuesto base de licitación del contrato».*

En segundo lugar la recurrente viene a manifestar que su oferta solo se desvía alrededor de 12.000 euros del umbral de anormalidad cifra que, argumenta, podría quedar cubierta por el beneficio industrial de la compañía dentro del principio de riesgo y ventura de la entidad. A su juicio el hecho de que exista esta pequeña diferencia supone exigir al órgano de contratación al rechazar su oferta *«un plus de motivación».*

Sobre esta cuestión el órgano de contratación indica en su informe que *«la mayor o menor diferencia existente entre la proposición económica considerada anormal y el límite matemático que resulte para su consideración como tal, no puede prejuzgar ni condicionar el posterior estudio que debe de realizarse sobre la viabilidad o inviabilidad de la oferta objeto de estudio, hasta tal punto que una proposición de valores anormales por cuantía ínfima puede finalmente considerarse desproporcionada, por no considerarse debidamente justificada, mientras que una proposición con importantes bajas respecto del límite para considerarlo anormal o desproporcionada, pueden estar plenamente justificadas y considerarse viables».* En definitiva, el hecho de que una oferta se identifique como inicialmente incursa en valores anormalmente bajos según los parámetros establecidos en el PCAP rector de la licitación tiene como consecuencia que se tenga que proceder según lo previsto en el artículo 149 del LCSP y que la entidad tenga que justificar su oferta sin que, en principio, sea especialmente determinante la mayor o menor desviación sobre el umbral establecido y todo ello sin perjuicio de que ello, la mayor o menor desviación, pueda resultar un indicio para la mesa de contratación a la hora de analizar la justificación de la viabilidad presentada por la entidad.

Procede a continuación entrar a analizar las alegaciones de la recurrente que combaten los motivos concretos por los que el órgano de contratación consideró que CLECE no acreditó suficientemente la viabilidad de su oferta.

- En primer lugar, la recurrente manifiesta *«no es en modo alguno correcto que mi representada realizase su justificación sobre la base de una jornada anual superior a la establecida en el artículo 39 del Convenio colectivo sectorial aplicable».*

En este sentido, según figura en el informe técnico de viabilidad -a la vista de un cuadro explicativo incluido en la justificación de CLECE- se concluye que a tenor de las horas anuales propuestas y el número de auxiliares de ayuda a domicilio la jornada anual para cada uno es superior a la máxima total.

Dicha conclusión se extrae del cuadro que a continuación se reproduce:

Servicio	Horas anuales	Horas Semanales	Auxiliar de Ayuda a Domicilio (JC*)
Lunes a Sábado	240.664 horas	4.615,73	118,35
Domingos y festivos	9.124 horas	174,99	4,49

JC*: Personal equivalente a jornada completa

Dicha conclusión se fundamenta en el siguiente razonamiento que aparece en el informe técnico sobre la justificación de la viabilidad de la oferta:

> *«Con dicho cuadro, la empresa estima el número de auxiliares a domicilio que utilizará para la prestación de las 249.788 horas anuales, de servicio previstas en el PCAP (240.664 + 9.124). Deduce la empresa licitadora que requerirá el equivalente a 122,84 auxiliares de ayuda a domicilio a jornada completa (118,35 + 4,49), lo que supondría que cada una de dichas auxiliares debería impartir 2.033,44 horas anuales (249.788 horas /122,84 auxiliares), cifra muy superior a la prevista en el artículo 39 del vigente convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, que establece una jornada máxima anual de 1.755 horas de trabajo efectivo».*

En este sentido, se afirma en el informe técnico de viabilidad que de la información facilitada y realizando las operaciones básicas descritas consistentes en dividir el número de auxiliares por el número de horas para la ejecución del servicio, se obtiene una jornada anual para cada uno de esos trabajadores incluidos superior a la máxima del convenio -1755 horas-. Ello sin perjuicio, de que por otro lado exista una partida para cubrir las vacaciones del personal, aunque sobre esta cuestión en el informe de viabilidad se menciona: *«Es cierto que el estudio incluye una partida para sustitución de vacaciones, valorada en 238.703,29 euros anuales, que servirá para la contratación de más auxiliares que realicen los trabajos de sustitución de aquellas que se encuentren en periodo vacacional, pero dicho importe cubriría los costes de 12 o 13 auxiliares más a jornada completa, lo cual sigue resultando insuficiente para la cobertura de la totalidad de las horas de servicio previstas».*

La recurrente combate en su escrito de recurso esta afirmación, manifiesta que el cálculo que realizó a la hora de realizar la justificación *«es diferente, en la medida en que parte de la determinación de las jornadas semanales»* y que conlleva que haya que considerar además el personal necesario para la sustitución del personal por vacaciones.

Sin embargo, y como figura en el informe del órgano de contratación al recurso, resulta ciertamente revelador que la recurrente -que vuelve a realizar los cálculos para justificar la viabilidad de su oferta-, esta vez presente un cálculo con un número de auxiliares diferente y que como se verá más adelante figuren -ahora en vía de recurso- unos gastos de personal superiores a los que presentó en la justificación inicial de su oferta. En este sentido se anexa vía recurso un nuevo cuadro explicativo donde sí aparecen los 142 auxiliares que son necesarios para ejecutar la prestación objeto del contrato. Dicho cuadro se reproduce a continuación:

Servicio	Horas anuales	Auxiliar de Ayuda a Domicilio (JC*)
Lunes a Sábado	240.664 horas	137,13
Domingos y festivos	9.124 horas	5,20

JC*: Personal equivalente a jornada completa

Sobre esta modificación que aparece en el recurso el órgano de contratación concluye:

> *«Lo que fácilmente podemos deducir de esta modificación realizada por CLECE entre el cuadro que reflejaba en su escrito de su justificación y el que incluya ahora en su recurso es, precisamente, que se confirma lo que*

ya se indicaba en el informe técnico de fecha 04/08/2021, esto es que el servicio anual que se pretende contratar (240.664 + 9.124 horas) no puede ejecutarse con las 122 auxiliares de ayuda a domicilio que se detallaban en la justificación inicial de CLECE (que como hemos visto indicaba 118,35 + 4,49 auxiliares a jornada completa), sino que se requieren al menos 142 auxiliares lo que, lógicamente, tendría un coste muy superior».

Sobre lo anterior, efectivamente, este Tribunal concluye que el hecho de que la propia recurrente modifique vía recurso los cálculos iniciales de gastos de personal viene a demostrar que los mismos no eran correctos. Precisamente, fue esta situación la que provoca que el órgano de contratación considere que su oferta era inviable.

- La recurrente en segundo lugar, combate la siguiente afirmación contenida en el informe:

«Así las cosas, si dicho estudio fuese actualizado en su partida de gastos de personal, en base a los correspondientes para 142,33 auxiliares de ayuda a domicilio a jornada completa (249.788 horas / 1.755 horas aux), se acreditaría que la empresa licitadora tendría pérdidas en el supuesto de resultar adjudicataria del contrato, a no ser que tratase de paliar dichas pérdidas con la aminoración de otras partidas, lo que pudiera tener repercusión en la calidad del servicio prestado».

La recurrente, viene a argumentar, para demostrar que su oferta sí es viable con el número de auxiliares necesarios -los 142-, que se deben tener en cuenta determinados ahorros que tiene en la ejecución del contrato y que no facilitó en el trámite de justificación de su oferta, por claridad expositiva. En este sentido, hace referencia -entre otras cuestiones- a *«los menores costes de mano de obra de Seguridad Social (39.900€ anuales) dentro del contrato que se obtienen como bonificaciones por contratación por personal de exclusión social»*.

Además, afirma *«que es doctrina reiterada de los tribunales administrativos competentes en materia de recursos contractuales que no cabe exigir al licitador una justificación exhaustiva de su oferta incursa en presunción de anormalidad o desproporcionalidad, "sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo" (por todas, v.gr., Resolución TACRC n.º 1152/2015), cosa que entendemos que por parte de CLECE se ha cumplido correctamente».*

- Esta cuestión se enlaza por la recurrente con las siguientes afirmaciones contenidas en el informe de viabilidad:

«Igualmente, se reflejan determinadas partidas correspondientes a los "gastos de mano de obra" cuya previsión ha de considerarse insuficiente, tales como: "Coste estimado desplazamientos", que prevé un gasto anual de 49.115,40 euros. Si dicho importe lo distribuimos entre las 142 auxiliares de ayuda a domicilio (teóricos), a jornada completa, y durante las 220 jornadas que aproximadamente desarrollarán a lo largo de la anualidad, implica una previsión de coste de 1,57 euros por auxiliar y jornada, lo que puede suponer aproximadamente el coste de unos 8 ó 9 minutos de trabajo, tiempo insuficiente para cubrir los 2 ó 3 desplazamientos que, de promedio, deberá realizar cada auxiliar a lo largo de su jornada.

"Coste estimado desayunos", que prevé un gasto anual de 29.820,06 euros. Igualmente si dicho importe lo distribuimos entre las 142 auxiliares y durante las 220 jornadas anuales, supone una previsión de coste de 0,95 euros por auxiliar y jornada. Aunque evidentemente no todas las auxiliares disfrutarían del descanso diario, pues ello depende de la organización interna del servicio y del número de auxiliares con jornada diaria continuada superior a seis horas (art. 39.1 del convenio), parece que dicha previsión puede ser exigua.

Finalmente se contempla una partida a tanto alzado para sufragar el coste de las mejoras ofertadas por el licitador, por cuantía de 74.661,60 euros anuales, aunque dicha partida no se desglosa ni se justifica en modo alguno».

Sobre lo anterior, la recurrente argumenta en el escrito de recurso que el propio órgano de contratación reconoce que estos gastos dependen de la organización interna del servicio y que dado que CLECE tiene una amplia experiencia en la prestación de este servicio puede fijar las partidas cumpliendo en todo caso lo dispuesto en el convenio de aplicación.

Finalmente, la recurrente pasa a desglosar la partida de las mejoras, dado que como anteriormente se ha reproducido en el informe de viabilidad también se hace referencia a que CLECE no justifica el desglose de la misma.

Sobre todo lo anterior el órgano de contratación manifiesta que: *«la recurrente desarrolla a lo largo de su recurso una amplia explicación de la justificación de su oferta económica, justificación que, como veremos, difiere de la presentada en el plazo que se le otorgó para la justificación de su oferta y que además, incorpora justificaciones ex-novo que no se contemplaban en la referida justificación inicial y que se incluyen en distintos apartados, como en la pág. 18 "Esta partida en positivo no se explicitó inicialmente en la justificación de viabilidad por simplificar el estudio…. " o en la pág. 21 "Este aspecto, aunque insistimos que podría darse, CLECE no lo incluye con un criterio de prudencia ni en la justificación de viabilidad presentada en su día ni tampoco en el presente recurso…"»*

Esta situación descrita por el órgano de contratación se puede apreciar claramente comparando el cuadro resumen que presentó CLECE en la justificación de la viabilidad inicial de su oferta con el mismo cuadro que presenta ahora en vía de recurso, y que se pasan a continuación a reproducir:

- Cuadro inicial de justificación de viabilidad de la oferta:

EJERCICIO	2021	2022	2023
TOTAL MANO DE OBRA	1.301.996,10 €	3.152.977,87 €	1.843.270,80 €
TOTAL OTROS COSTES	40.039,34 €	96.094,40 €	56.055,07 €
TOTAL COSTES EJECUCIÓN	**1.342.035,43 €**	**3.249.072,27 €**	**1.899.325,86 €**
G.G. + B.I.	**119.224,37 €**	**257.951,25 €**	**146.437,86 €**
TOTAL anual para el plazo del contrato (2 años)	**1.461.259,80 €**	**3.507.023,52 €**	**2.045.763,72 €**

- Cuadro incluido en el escrito de recurso.

EJERCICIO	2021	2022	2023
TOTAL MANO DE OBRA	1.342.165,29 €	3.240.489,32 €	1.911.461,15 €
TOTAL OTROS COSTES	40.039,33 €	96.094,40 €	56.055,07 €
TOTAL COSTES EJECUCIÓN	**1.382.204,62 €**	**3.336.583,71 €**	**1.967.516,22 €**
GASTOS GENERALES (3,2%)	44.230,55 €	106.770,68 €	62.960,52 €
BENEFICIO INDUSTRIAL	**34.824,63 €** **2,38%**	**63.669,13 €** **1,82%**	**15.286,98 €** **0,75%**
TOTAL anual para el plazo del contrato (2 años)	**1.461.259,80 €**	**3.507.023,52 €**	**2.045.763,72 €**

En este sentido, se puede observar claramente como los gastos de las partidas de mano de obra se incrementan en la justificación contenida en el escrito de recurso respecto de la inicialmente presentada y que dicho incremento queda compensado con las partidas de gastos generales y beneficio industrial para que las cantidades finales sí coincidan.

En definitiva se comprueba que CLECE no defiende la viabilidad de su oferta con base a los argumentos y a los cálculos aportados para demostrar la viabilidad de su oferta cuando se le dio la oportunidad para ello, sino que trata ahora en vía de recurso de demostrar la viabilidad con base en datos no aportados previamente y realizando cálculos diferentes a los iniciales.

Las mismas consideraciones se han de realizar respecto al informe pericial que la recurrente adjunta a su escrito de recurso. La recurrente viene a argumentar que este documento acredita la viabilidad de su oferta. Sin embargo, en él se realiza un estudio de costes diferente al incluido en la justificación presentada por la recurrente, partiendo de otros datos -como un precio/hora diferente al incluido en la justificación presentada en su momento por CLECE-. En este sentido, procede recordar que no procede usar la vía de recurso para tratar de subsanar lo que no se hizo durante la tramitación del procedimiento, y que este Tribunal solo puede analizar las actuaciones realizadas por el órgano de contratación teniendo en cuenta la documentación que la recurrente presentó en el momento procedimental oportuno.

En este sentido, en relación con la aportación en vía de recurso de información o documentación que no fue presentada en el momento procedimental oportuno este Tribunal ha señalado en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 119/2020, de 21 de mayo, y 138/2021, de 15 de abril, en las que se cita la 386/2019, de 14 de noviembre, que *«Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la reciente Resolución 233/2019, de 16 de julio, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP».*

Llegados a este punto, procede invocar como se ha expuesto la doctrina de la discrecionalidad técnica, según la cual (v.g., entre otras muchas, la Resolución 105/2020, de 1 de junio, de este Tribunal) 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.

En el presente supuesto, a la vista del escrito de justificación de la oferta de CLECE presentado, el 29 de junio de 2021 y del contenido del informe técnico sobre de viabilidad no se aprecia error o arbitrariedad. A juicio de este Tribunal, en el sentido que se ha venido argumentando, la recurrente trata de construir en vía de recurso una nueva argumentación para justificar la viabilidad de su oferta que no puede ser admitido por los motivos expuestos.

Todo lo anterior, conlleva que se haya de desestimar la pretensión principal al concluir que el acuerdo de exclusión del órgano de contratación no adolece de error o arbitrariedad por lo motivos aducidos en el escrito de recurso.

La recurrente solicita de forma subsidiaria que sea anulado el acto recurrido, para que se retrotraigan las actuaciones y que la mesa de contratación les solicite aclaraciones al escrito de justificación sobre la viabilidad de su oferta.
Sobre esta cuestión procede indicar como por ejemplo este Tribunal menciona en su Resolución 86/2018, de 27 de marzo, que *«nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa -en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP)- pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica. Así, la resolución citada señala que "(...) respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta». En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 532/2016, de 8 de julio.*

Y si bien lo anterior no es óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente aclaraciones suplementarias de las ofertas cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración"».

Respecto a la aplicación de esta doctrina a supuestos como el presente en el que nos encontremos en el trámite previsto en el artículo 149 de la LCSP, este Tribunal en la Resolución 538/2021, de 10 de diciembre, manifiesta: *«Las mismas prevenciones deben aplicarse a la justificación de una oferta que pudiera estar incursa en valor anormal, de otro modo se estaría otorgando a la licitadora implicada una ampliación del plazo para presentar su oferta dándole asimismo información que le permite ajustarla a las necesidades de la Administración, actuación absolutamente contraria a lo establecido en la LCSP, en particular en lo que se refiere al principio de igualdad de trato».*

En definitiva, a juicio de este Tribunal puede observarse que el órgano de contratación, una vez apreciada la presunción de baja desproporcionada, ha seguido los trámites legales previstos en el artículo 149 LCSP, dando trámite de audiencia a la empresa incursa en temeridad y siendo sus alegaciones evaluadas por los técnicos con el fin de comprobar si justifica o no de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuesto. Sin embargo, no es posible exigirle un nuevo trámite de aclaración no previsto en la norma y que solo tendría lugar de forma excepcional si el órgano lo hubiera considerado necesario. Por lo anterior procede también la desestimación de este motivo de recurso.

Finalmente, respecto a la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación este Órgano ha desestimado los motivos de recurso, sin embargo ello no resulta suficiente para considerar temeraria o incursa en mala fe la conducta de la recurrente al formalizar la impugnación. En este sentido, no se puede concluir que el recurso en su conjunto suponga absoluta deslealtad o un ejercicio abusivo del derecho a recurrir.

Por consiguiente, el Tribunal no aprecia temeridad ni mala fe determinantes de la imposición de multa

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.,** contra el acuerdo del órgano de contratación, de 28 de septiembre de 2021, por el que se excluye su oferta y se adjudica el contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio" (Expte. SE-03/21), convocado por el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba).

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. 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 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.