



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 069/2013

Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 31 de mayo de 2013 se publicó, en el Boletín Oficial de Aragón (BOA), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza», convocado por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (en adelante IASS), contrato calificado como gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, tramitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 4 376 158,52 euros, IVA excluido.

En el anuncio se señala, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el día 17 de junio de 2013.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos, las recurrentes, VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD, que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

concurrieron a la licitación con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas (en adelante la UTE recurrente), y la adjudicataria del contrato, ARALIA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. (en adelante ARALIA).

TERCERO.- Según consta en el expediente, en la sesión de la Mesa de contratación celebrada el 31 de mayo de 2013, a la vista de las ofertas económicas presentadas y de los parámetros objetivos incluidos en el Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación (en adelante PCAP), se apreció que la oferta económica de ARALIA era *«anormal o desproporcionada»*. En consecuencia, y en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 2.2.12 del PCAP y en el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se acordó solicitar a la empresa *«que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato»*. Para la presentación de la documentación se le otorgó un plazo de cinco días hábiles.

Consta en el expediente que ARALIA presentó la documentación solicitada en plazo, el día 17 de julio de 2013.

CUARTO.- Con fecha 26 de julio de 2013 se emitió, por la Subdirectora Provincial de Programas y Acción Institucional y el Secretario de la Dirección Provincial el IASS en Zaragoza, un informe técnico en el que se concluye que no se considera suficientemente acreditada por parte de ARALIA la viabilidad de su oferta, *«ya que no se acreditan las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

las que dispone para ejecutar la prestación por el montante económico de su oferta, sino mas bien parece ésta depender de una inadecuada estimación de los gastos de personal y gestión, como se ha detallado con anterioridad».

El 1 de agosto de 2013, se reúne nuevamente la Mesa de contratación para analizar las alegaciones de ARALIA y el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta. A la vista de ambos, la Mesa *«estima que la empresa Aralia Servicios Sociosanitarios, S.A. está en condiciones de cumplir con la ejecución del contrato en cuanto ha justificado la valoración de la oferta y las condiciones de la misma en los términos exigidos en el artículo 152.3 TRLCSP».*

Igualmente acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación de la licitación de referencia a ARALIA.

Estas circunstancias, quedan acreditadas en el acta de la sesión de la Mesa de contratación.

QUINTO.- Consta en la documentación remitida al Tribunal, que el día 12 de agosto de 2013 se registra solicitud por parte de la UTE recurrente para obtener copias de la justificación de la baja presentada por ARALIA, y del informe técnico de fecha 26 de julio, emitido a la misma. El 20 de agosto de 2013 el IASS remite escrito por el que se desestima la solicitud, por considerar que no se cumplen las condiciones señaladas en el artículo 37.1 LRJPAC, en concreto no encontrarse terminado el procedimiento.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Consta, asimismo, que el 21 de agosto se reitera la solicitud, y que el 22 de agosto se desestima por idéntico motivo: no encontrarse terminado el procedimiento, al no haber recaído adjudicación sobre el mismo.

La petición vuelve a formularse el 26 de agosto. Se incluye en el expediente una diligencia de 11 de septiembre, por la que se acredita el derecho de vista del expediente ejercido por un representante de la UTE recurrente.

SEXO.- Por Resolución de la Dirección Gerencia del IASS de 30 de agosto de 2013 se adjudicó el contrato ARALIA, por un importe de 1 740 056,25 euros, IVA excluido.

Dicha Resolución fue comunicada a las licitadoras mediante remisión de notificación de fecha de 2 de septiembre de 2013. En la notificación se ponía de manifiesto la posibilidad de interponer contra la Resolución recurso de alzada ante el Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia, en el plazo de un mes contado desde el siguiente a la notificación. La misma era recibida por la UTE recurrente con fecha 4 de septiembre de 2013.

El contrato se formalizó el 5 de septiembre de 2013. Su cláusula segunda establece que la ejecución comenzará el 16 de septiembre de 2013.

SÉPTIMO.- El 16 de septiembre de 2013 tuvo entrada, en el Registro General del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Carlos Bosque García, en representación de VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD, contra el acuerdo de adjudicación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del contrato denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza».

La UTE recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP, que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición del recurso especial. Así lo hizo el 7 de septiembre de 2013.

OCTAVO.-El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

- a) Tras relatar los antecedentes de la licitación, y detallar los costes económicos derivados de la gestión del Centro (cuya acreditación basa en ser la prestadora del servicio desde 2006), sostiene que ARALIA no ha desacreditado la anormalidad de su oferta, como señala el informe del IASS de 26 de julio de 2013.
- b) Respecto de la calificación del contrato objeto de recurso, otorgada por el órgano de contratación, como contrato de gestión de servicio público, la UTE recurrente sostiene que la misma es errónea. Apoyándose en la prestación de un servicio con una retribución mensual, con ocupación de plazas de los usuarios a designación del IASS, que es quien percibe además el canon mensual de éstos, afirma que no se asume por el contratista el riesgo de explotación, clave para una adecuada calificación. Considera que el contrato debería calificarse como contrato de servicios cuya nomenclatura CPV es la 85312100-0, categoría 25 del Anexo II del TRLCSP; que por su cuantía sería armonizado y los recursos frente al mismo competencia del Tribunal.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- c) Seguidamente, indica la UTE recurrente, que la notificación de la adjudicación fue defectuosa y el acto ineficaz, al no señalar como recurso aplicable el recurso especial, como sí indica el PCAP de la licitación.
- d) Entienden también que la formalización incumple la previsión contenida en el artículo 156 TRLCSP, que impide que se realice antes de los 15 días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los candidatos.
- e) Señala que el anuncio de interposición del recurso *«ha acelerado»* las actuaciones administrativas en claro fraude de ley, teniendo en cuenta, además, que hasta el 9 de septiembre les ha sido negado el acceso a la documentación del expediente.
- f) Argumenta que el contrato ha sido adjudicado a ARALIA en situación jurídica de baja desproporcionada sin justificar, como señala el informe técnico del IASS de 26 de julio. Pese a ello, el IASS adjudica el contrato sin motivar la decisión en contra de un informe técnico desfavorable. Informe que, pese a no ser vinculante, está suficientemente motivado y contiene afirmaciones acertadas en cuanto a la realidad económica del Centro (gastos de personal, ingresos por otros servicios etc.).
- g) Indican que como el contrato se ha formalizado resulta imposible la suspensión del acto de adjudicación, por lo que deben tenerse en cuenta los daños y perjuicios que esta situación va a suponer en sus representadas.

Por lo expuesto solicitan la anulación del acuerdo de adjudicación, o subsidiariamente, su anulabilidad, declarando que el contrato sea



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

adjudicado a sus representadas al ser el licitador que ha presentado la segunda oferta económicamente más ventajosa, y con mejor valoración técnica. Solicita, también, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación del IASS, incluido el daño emergente y el lucro cesante.

NOVENO.- El 19 de septiembre de 2013 el IASS traslada al Tribunal el recurso, el expediente de contratación completo, y el informe al que hace referencia el artículo 46.3 TRLCSP.

El 20 de septiembre 2013, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso al resto de interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

El 18 de septiembre la UTE recurrente presenta en el IASS escrito al que acompaña documentos como medios probatorios de las alegaciones efectuadas (en concreto, facturas de suministros de 2012 en el Centro y contrato de servicios anterior de la UTE con el mismo objeto y contenido que el recurrido). Esta documentación tiene entrada en el Tribunal el 20 de septiembre de 2013.

DÉCIMO.- El 26 de septiembre de 2013 tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón alegaciones del representante de ARALIA, en las que manifiesta que el contrato es de gestión de servicios públicos y no se cumplen los requisitos del artículo 40.1.c) TRLCSP, procediendo por tanto recurso de alzada y no recurso especial en materia de contratación. Argumenta que esta calificación fue conocida por las licitadoras que participaron en el procedimiento,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

asumiendo sus Pliegos, lo contrario sería una actuación contraria a los propios actos y a la buena fe. La formalización del contrato cumple así escrupulosamente con los plazos legales para aquellos contratos no susceptibles de recurso especial.

Sostiene que el recurso especial es un recurso precontractual, que no incluye los actos posteriores a la adjudicación, por lo que en todo caso nos encontraríamos ante una cuestión de nulidad ex artículo 37 y siguientes TRLCSP.

Respecto al fondo del asunto, mantiene que su representada actuó de acuerdo con la legalidad vigente, en concreto con lo que establece el artículo 152 TRLCSP, justificando adecuadamente la baja ofertada, y teniendo en cuenta que el informe técnico previsto en el precepto no tiene carácter vinculante para el órgano de contratación.

Finaliza las alegaciones solicitando la inadmisión o, en su caso, desestimación del recurso, por las razones expuestas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de las empresas VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA S.L. y FUNDACION SALUD Y COMUNIDAD para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Si bien el órgano de contratación califica el contrato como de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, dando la posibilidad de interponer recurso de alzada, el recurrente argumenta en primera instancia que se trata de un contrato de servicios, procediendo por tanto la interposición de recurso especial.

El Informe del órgano gestor no alega nada al respecto, ni plantea la incompetencia de este Tribunal Administrativo para resolver el recurso especial. La empresa adjudicataria, en el trámite de alegaciones, intenta justificar la naturaleza de contrato de gestión de servicios públicos en el concepto amplio, ligado a la actuación administrativa.

En todo caso, y tal y como se ha fijado en nuestro Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, resulta necesario comenzar la resolución del recurso por determinar la adecuada calificación jurídica del objeto del contrato, en aras a considerar si procede la interposición de uno u otro recurso.

Si bien conforme a la legislación anterior de contratos era habitual tipificar los contratos como el presente, como contrato de gestión de servicios públicos, en la actualidad es claramente un contrato de servicios del artículo 10 TRLCSP. En concreto incluido en la categoría 25 «Servicios Sociales y de Salud» del Anexo II TRLCSP, CPV 85312100-0.

Conviene insistir en la doctrina fijada en nuestro citado Acuerdo 52/2013, que concilia el marco normativo español con la normativa y jurisprudencia comunitaria, de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

operativo de la explotación, lo que no sucede —ni se alega o argumenta por el IASS— en el contrato ahora recurrido.

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige, como condición *sine qua nom*, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada (hecha propia y citada por los órganos consultivos de contratación en España; en especial, para Aragón, la Recomendación 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Así, el TJUE, en Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) afirma que:

«De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicadora quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata.

Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios».

Por su parte, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto *Privater*), define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».

Finalmente, la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios:

«Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] , antes citada, apartado 26).

Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] antes citada, apartado 29».

En cuanto a la configuración del contrato, en el Anexo XIII del PCAP, «Régimen jurídico. Disposiciones especiales» se señala: «por lo que se refiere a la regulación de las tarifas a abonar por los usuarios y su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

revisión, dicha regulación no debe recogerse en los pliegos del contrato, dado que se regula por su normativa específica y no incide en el importe a percibir por el adjudicatario. En concreto, la facturación por el adjudicatario siempre responderá a una cantidad fija, con independencia de las aportaciones de los usuarios. De dicha cantidad se deducirá lo efectivamente aportado por éstos (sea cual sea dicho importe), procediendo el IASS a abonar la diferencia, sin que, en ningún caso, el adjudicatario del contrato cobre otro importe, en total que el que corresponda en función de la oferta que hubiera realizado y de la consecuente adjudicación». No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo de la explotación al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio IASS designa (cláusula 5.1.2.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas).

De acuerdo con la jurisprudencia y con los criterios de los órganos consultivos citados, este Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista, ni se deja indeterminada la demanda del servicio. En consecuencia, el presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios. Procede, por tanto, la interposición de recurso especial en materia de contratación.

También queda acreditado, que el recurso se han interpuesto contra el acto de adjudicación, en el marco de un contrato de servicios, comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 100 000. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP en relación con el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón.

No altera esta conclusión que la UTE recurrente no cuestionase el sistema de recursos previsto en el PCAP, como alega el adjudicatario. La competencia del recurso administrativo especial —como de cualquier recurso— es una cuestión de orden público procesal, de carácter indisponible por las partes, resultando indiferente a estos efectos cualquier previsión del pliego, que en modo alguno puede alterar el sistema de justicia administrativa dispuesto por el legislador.

SEGUNDO.- El recurso especial se ha planteado en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 30 de agosto de 2013 y remitida la notificación el 2 de septiembre. Se ha interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la remisión de la notificación, de conformidad con el artículo 44.2 TRLCSP.

TERCERO.- Sentado lo anterior, procede entrar a analizar la base del *petitum* de la recurrente, esto es, si aceptar la justificación aportada por ARALIA en relación con su oferta anormalmente baja vulnera la normativa de la contratación pública, al no motivar el órgano de contratación su decisión en contra de un informe técnico desfavorable.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo) y sus principios, y, en especial, al PCAP que, junto con el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Pliego técnico, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

En este sentido, la primera cuestión a analizar es la adecuada tramitación del procedimiento de verificación de una oferta que ha incurrido en presunción de anormalidad. Como tiene reiteradamente manifestado este Tribunal, entre otros, en su Acuerdo 5/2013, la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que *«...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato»*. El artículo 55 de la Directiva 2004/18 contiene una previsión similar. El TRLCSP previene sobre la imposibilidad de adjudicar un contrato cuando *«...el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados»*, y el 152 TRLCSP regula esta técnica distinguiendo en función de que exista un único criterio — precio— o varios. Igualmente, el TRLCSP ha decidido, en cumplimiento de la doctrina del TJUE (entre otras, Sentencia 27 de noviembre de 2001, Asunto *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni*), que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente. Los argumentos aportados (ahorros en el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones adoptadas, condiciones favorables para la ejecución contractual, ayudas estatales otorgada sin contravenir las disposiciones comunitarias —152.3 TRLCSP—) pueden entenderse justificadores, o no, de la oferta y de sus condiciones.

En los Acuerdos 5/2013 y 8/2013 de este Tribunal se indica, en primer lugar, que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar *«que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados»*.

Esta última conclusión es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Ello motiva que el artículo 152.3 TRLCSP establezca que *«Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente».

Y, en este sentido, como también es doctrina consolidada de los Tribunales Administrativos de Contratos, la decisión sobre si una oferta, calificada inicialmente como desproporcionada, puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora, y los informes emitidos por los servicios técnicos. Si bien, ni las alegaciones del licitador, ni los informes (que constituyen el asesoramiento técnico, y siempre que efectivamente respondan y sean reconocibles como informes técnicos) tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe valorar y sopesar adecuadamente ambos para adoptar su decisión, que deberá ser motivada, en base a ellos. De manera que, siempre y en todo caso, la decisión debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Esto no significa libertad del órgano de contratación —ni de la Mesa de contratación, como ocurre en este caso— para admitir sin más una oferta incurso en anomalía, exigiéndose un informe técnico



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder, como se ha señalado, a parámetros de razonabilidad y racionalidad. El asesoramiento técnico, en consecuencia, es imprescindible y fundamental para resolver adecuadamente acerca de la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio.

Además, interesa la doctrina contenida en nuestro Acuerdo 5/2013, sobre cómo se debe realizar esta verificación, que debe garantizar la idoneidad de la oferta para preservar el cumplimiento eficaz de la prestación:

«Mediante el procedimiento de verificación contradictoria, se trata de comprobar, por el órgano de contratación, la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.»

El procedimiento de verificación contradictoria de justificación de una oferta, comprende, fundamentalmente, y una vez comprobado que se produce el supuesto de hecho merecedor de la calificación de una oferta o proposición como «anormal o desproporcionada», tres actuaciones básicas: audiencia al licitador para que justifique su oferta o proposición; asesoramiento técnico adecuado (que se traducirá en el informe pericial, o cuantos informes sean necesarios, sobre la justificación de la proposición, que acredite la razonabilidad y racionalidad de cuanto se ha



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

justificado por el licitador); y resolución motivada (en base al informe pericial) del órgano de contratación.

El asesoramiento técnico, en consecuencia, es imprescindible y fundamental para resolver adecuadamente acerca de la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio.

Pues bien, al igual que ocurre en el régimen jurídico de la prueba pericial, los informes técnicos son de libre valoración por parte del órgano de contratación conforme a las normas de la sana crítica (artículo 348 LEC), regla, por otra parte, de universal aplicación — que rige no solamente en el proceso judicial sino también en el procedimiento administrativo—, que conduce directamente a la motivación y congruencia de las decisiones administrativas. Significa esto que a las conclusiones a las que llegue el órgano de contratación, tras valorar el informe técnico y demás informes periciales (como el aportado por el recurrente en este caso), es algo que debe tener cumplido reflejo, y cumplido raciocinio, en la resolución final sobre la admisión o exclusión de la proposición.

Es en los fundamentos de la resolución en donde procede integrar jurídicamente las consecuencias que para la adjudicación tiene el parecer del informe técnico o pericial.

Esto significa que ha de quedar explicado, razonadamente y tras un método transparente y adecuado, los fundamentos y la propia razón de ser, tanto de la propuesta, como del acto de adjudicación, a efectos de cumplir con la necesidad de acierto y con los requisitos de motivación (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2002).

El informe técnico de 26 de julio de 2013, en relación a la viabilidad de la proposición de ARALIA, que cumple las exigencias expuestas, no genera dudas al afirmar, que «no se considera suficientemente acreditada por parte de licitador la viabilidad de la oferta presentada considerada como normalmente baja, ya que no se acreditan las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone para ejecutar la prestación por el montante



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

económico de su oferta, sino más bien parece esta depende de una inadecuada estimación de los gastos de personal y de gestión, como se ha detallado con anterioridad».

Por ello, la decisión de la Mesa de contratación de aceptar como normal la proposición, sin ningún tipo de argumentación técnica suficientemente documentada, no se ajusta a derecho y puede incluso merecer la calificación de arbitraria, por no existir ni una mínima motivación sobre la viabilidad de la oferta inicialmente anormal. El carácter no vinculante del preceptivo informe técnico no habilita, por sí, a su inobservancia de plano, ni se ajusta a los parámetros de discrecionalidad técnica, pues tal decisión, como se ha dicho, requiere razones técnicas suficientes en aras a garantizar la correcta prestación del contrato.

No se cumple, así, la exigencia de explicar razonadamente y tras un método transparente y adecuado, los fundamentos y la propia razón de ser, tanto de la propuesta, como del acto de adjudicación, a efectos de cumplir con la necesidad de acierto y con los requisitos de motivación (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2002). Por lo demás, la documentación aportada por la UTE recurrente en el recurso sobre la anormalidad de la oferta, coincide con la valoración objetiva del informe técnico del IASS.

Procede, por ello, estimar este motivo de recurso y confirmar el carácter desproporcionado de la oferta de ARALIA SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A, que no ha resultado desacreditado de forma objetiva ni razonada. En atención al interés de la correcta ejecución del contrato, la oferta debió ser excluida al no justificarse debidamente, como exige la Ley, su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

viabilidad, existiendo un mero juicio de valor de la Mesa de contratación que no puede sustituir el criterio técnico contenido en el informe de 26 de julio de 2013.

Además, como ya se dijo en nuestro Acuerdo 8/2013, la consideración como justificada y suficiente de una oferta anormal no corresponde a la Mesa de Contratación, sino al órgano de contratación. Y, aunque en principio, dicha actuación sería una irregularidad no invalidante —en la medida que podría entenderse subsanada por convalidación del órgano de contratación—, no puede entenderse así, en este caso, pues aunque el procedimiento material ha seguido el camino establecido en la ley y, en consecuencia, ninguna objeción cabe plantear desde ese punto, se ha hurtado al órgano de contratación la posibilidad de requerir un mayor asesoramiento técnico. Y, esa omisión, no puede considerarse una mera irregularidad.

CUARTO.- Existe un problema procedimental con motivo de la indebida perfección del contrato sin respetar el plazo suspensivo del artículo 45 TRLCSP, nos encontramos, de hecho, ante una posible situación de nulidad del contrato, ya en fase de ejecución, lo que —como alega la empresa adjudicataria— puede cuestionar la tramitación del recurso especial, interpuesto en plazo, por el recurrente.

Con todo, conviene advertir que si bien es cierto que la formalización del contrato se realizó el día 5 de septiembre, sus efectos no comenzaban hasta el día 16 de septiembre. En consecuencia, desde la interpretación finalista de la regla de suspensión automática, que pretende impedir la ejecución del contrato hasta la resolución del recurso, debió suspenderse la eficacia del contrato no iniciado.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

No es menos cierto que la actuación del órgano gestor ha respetado los trámites que creía de aplicación al supuesto concreto —con informes preceptivos que lo avalaban—, por lo que se puede afirmar que no ha existido intención de «eludir» el control de la adjudicación, ni forzar una actuación material que pudiera ser ilegal.

Dicho esto, y aceptada la competencia de este Tribunal Administrativo por estar en presencia de un contrato de servicios, la situación procesal derivada de la indebida perfección del contrato y sus consecuencias prácticas requiere realizar ciertas precisiones previas.

En el diseño inicial de la «Directiva Recursos» de 1989 se establecía que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era, por tanto, este derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (artículo 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro ordenamiento. Es decir, la Directiva permitía la declaración de invalidez de un contrato aun en impugnación de un acto de adjudicación. Sin embargo, las prácticas nacionales eludían el efecto del recurso, permitiendo que un contrato nulo pudiera continuar desplegando efectos, lo que fue considerado ilegal en la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por este motivo.

El objetivo explicitado por la vigente Directiva 2007/66/CE es reforzar los mecanismos de recurso, para matizar la regla tradicional de indiferencia del Derecho europeo en relación con la suerte que habría de correr el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contrato adjudicado con vulneración de las normas europeas sobre contratación pública. La actual Directiva de recursos pretende incorporar una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema y que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación (de hecho, en la propuesta original de la Comisión la ineficacia era una posibilidad sólo en la circunstancia de que el período de suspensión no se observase por parte de la entidad contratante). De esta forma, el Derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con «ineficacia» lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión europea. Estos supuestos de especial gravedad son dos: las llamadas adjudicaciones directas —es decir, las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siempre que ello sea preciso— y los casos en los que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se respete el periodo de suspensión previo a la formalización del contrato, o la suspensión automática de la adjudicación en los supuestos de interposición del recurso, establecidos en nuestro ordenamiento en los artículos 40.3 y 45 TRLCSP, respectivamente.

Es cierto que el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación. Sin embargo, para garantizar el efecto útil del recurso, y atendiendo a los principios de *favor actionis* y de economía procedimental, conviene acumular a este recurso la acción de nulidad —que no la cuestión de nulidad— derivada de nuestra resolución, tal y como aparece en el *petitum* de la UTE recurrente. Opción compatible



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no.

Procede, en definitiva, una interpretación integradora del sistema de control por el Tribunal Administrativo de los distintos incidentes del contrato impugnado, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que deriva del artículo 24 CE y la eficacia del sistema de control administrativo diseñado por el TRLCSP (con fundamento en la Directiva 2007/66).

En definitiva, procede la tramitación del recurso especial. Y siendo ilegal la adjudicación, que debe recaer a favor de la UTE recurrente, al ser el operador económico que realiza la oferta económicamente mas ventajosa no incurso en anormalmente baja, debe declararse igualmente, y de forma simultánea, la nulidad del contrato del IASS con la empresa ARALIA por infracción del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, al ser un acto que no ha respetado el procedimiento debido. Así se deriva por lo demás de la doctrina del TJUE en la Sentencia de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, que considera contrario al derecho de la Unión que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. En consecuencia, de conformidad con el artículo 35 TRLCSP, el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

Aunque no se ha alegado por el órgano de contratación nada al respecto, este Tribunal considera que resulta de aplicación la previsión



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del artículo 35.3 TRLCSP, en tanto se perfecciona el nuevo contrato en cumplimiento de este Acuerdo, de tal manera, con el fin de evitar graves trastornos al interés público, se dispone la continuación de los efectos del contrato anulado y bajo sus mismas cláusulas, para evitar el perjuicio hasta que exista nuevo contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, interpuesto por D. Carlos Bosque García en nombre y representación de VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD, contra la Resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza», convocado por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

SEGUNDO.- Anular la adjudicación del contrato y ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la adjudicación del mismo, debiendo acordarse la exclusión de la propuesta de ARALIA SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. por entender este Tribunal que la presunción de anormalidad de su oferta no ha resultado desacreditada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de forma objetiva ni razonada, y que la misma, en aras a preservar el interés público de la licitación, debe ser rechazada, y conceder a VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA S.L y FUNDACION SALUD Y COMUNIDAD —siguiente licitador clasificado—, un plazo de diez días para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151 TRLCSP, en los términos señalados en el artículo 47.2 TRLCSP.

TERCERO.- Anular el contrato perfeccionado entre el IASS y la empresa ARALIA SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A. que debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

QUINTO.- El IASS deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

SEXTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.