



**B 2014/19**

**Resolución 32/2014, de 19 de marzo de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas Lagunduz, S.L. y Fundación Salud y Comunidad contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda a domicilio en el Municipio de Etxebarri”.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 11 de febrero de 2014, las empresas Lagunduz, S.L. y Fundación Salud y Comunidad interpusieron recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda a domicilio en el Municipio de Etxebarri”.

**SEGUNDO:** Con fecha 19 de febrero se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de la empresa Aurrerantz, S.COOP, adjudicataria del contrato. Consta en el expediente el informe del órgano de contratación al que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** En el expediente constan la legitimación de los recurrentes y la representación de quien actúa en su nombre. La empresa adjudicataria señala que la Fundación Salud y Comunidad no es mencionada en ciertas actuaciones del procedimiento de adjudicación, aunque sí figura una empresa con el nombre Osasuna eta Komunitatea Fundazioa Oñati. De la documentación jurídica aportada para acreditar la personalidad y capacidad y de la identidad del CIF correspondiente a ambas denominaciones se deduce que se trata de la misma entidad, por lo que no hay duda sobre su legitimación para interponer el recurso.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.



El valor estimado del contrato, según la cláusula 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), asciende a 1.134.615,40 euros, y su calificación jurídica, según las cláusulas 1 y 23 del PCAP, es la de “contrato administrativo especial”.

Con carácter previo, hay que recordar que a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, la comprobación de su propia competencia) el OARC/KEAO no está vinculado por la definición que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido de la prestación con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas en materia de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora a nuestro ordenamiento en sus artículos 6 y siguientes (ver, por ejemplo, las Resoluciones 203 y 220 del 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, y la Resolución 2013/31 de este Órgano). En el presente caso, se dan las notas del contrato de servicios, puesto que todas las prestaciones pueden incardinarse sin dificultad en la amplísima y residual definición que de ese tipo establece el artículo 10 TRLCSP: «son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.». Además, el Anexo II del TRLCSP, de servicios a que se refiere el artículo 10, recoge como categoría 25 “Servicios sociales y de salud”. En conclusión, dado el valor estimado del contrato y que su verdadera naturaleza es la de contrato de servicios, debe admitirse el recurso.

**TERCERO:** El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial:

«Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto en el plazo previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Etxebarri tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.1 a), 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP).

**SEXTO:** La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Con base en el informe técnico del Ayuntamiento, los costes de personal de la adjudicataria no son sostenibles en los términos previstos en el PCAP y en la normativa laboral vigente, salvo que la empresa haya decidido presentar su oferta asumiendo fuertes pérdidas en perjuicio de los demás licitadores, que se han ceñido en su oferta a los Pliegos y a dicha normativa.



b) La propuesta de adjudicación no hace referencia al análisis del estudio económico – financiero de ninguno de los licitadores, por lo que no resulta entendible cómo puede la empresa adjudicataria gestionar el servicio sin asumir importantes pérdidas.

c) Si bien no cabe considerar la oferta como desproporcionada con base en la fórmula de los Pliegos, no es menos cierto que la proposición es inviable y desproporcionada a nivel económico, técnico y organizativo, y que no se acreditan las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de las que la empresa dispone para ejecutar el contrato; más bien parece que hay una inadecuada estimación de los gastos de personal y de gestión.

d) Finalmente, se solicita la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad del acto impugnado y la declaración de que el contrato sea adjudicado a las recurrentes (licitadoras en UTE), por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa.

**SÉPTIMO:** La empresa adjudicataria Aurrerantz solicita la desestimación del recurso con base en los argumentos que a continuación se resumen:

a) Las afirmaciones de que los costes del servicio superan a los ingresos que generaría la presentación de la oferta y de que la oferta de la adjudicataria incumpliría la legislación laboral carecen de apoyo o fundamento y no han sido probadas por el recurrente, que es a quien corresponde hacerlo.

b) Incluir o no en los Pliegos un determinado criterio de estimación de ofertas desproporcionadas es una facultad pero no una obligación de la Administración actuante; habiéndose decidido en este caso no incluir dicho criterio, y no habiendo sido impugnados los Pliegos, éstos pasan a tener fuerza de ley entre las partes. Por ello, no cabe apreciar temeridad o desproporción en los precios por no haber previamente un parámetro objetivo que lo permita.

c) El OARC/KEAO no puede acceder a la pretensión de que el contrato se adjudique a los recurrentes porque eso excede de su función, fundamentalmente revisora, y es una competencia que corresponde en realidad al propio órgano de contratación.



**OCTAVO:** La respuesta del poder adjudicador solicita la desestimación del recurso por las siguientes razones:

a) Una reiterada doctrina señala el carácter facultativo de la incorporación de criterios para la apreciación de bajas desproporcionadas o temerarias; en el presente procedimiento el PCAP no contempla previsión alguna sobre el límite que permita apreciar la existencia de valores anormales o desproporcionados, sin que se pueda tampoco apreciarse dicha temeridad por la diferencia de los precios ofertados con los salarios acordados en Convenio Colectivo. Por otro lado, el PCAP no concede virtualidad jurídica en la fase de adjudicación del contrato al plan económico – financiero exigido en su cláusula 16. Finalmente, el citado PCAP no fue recurrido en tiempo y forma, por lo que las recurrentes están vinculadas a él.

b) Se solicita la imposición de una multa por considerar que la interposición del recurso incurre en temeridad o mala fe. El recurrente, como actual prestador

del servicio, se beneficia de su continuidad a pesar de haber finalizado el contrato, por lo que le interesa dilatar la nueva formalización; de hecho, el procedimiento de adjudicación ya se retrasó porque la empresa comunicó erróneamente los datos sobre el personal a subrogar. Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia son claras en rechazar la pretensión del recurso, cuya argumentación no puede prosperar jurídicamente.

**NOVENO:** El único motivo del recurso es la consideración de que la oferta del adjudicatario es inviable por anormalmente baja. Cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios, sólo procede la aplicación del procedimiento previsto para excluir una proposición por esa razón cuando el órgano de contratación ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 152.2 TRLCSP, fijando en los Pliegos los parámetros con los que se puede considerar, inicialmente, que la proposición no puede ser cumplida (ver, por ejemplo, la Resolución 32/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC y la Resolución 70/2013 de este Órgano). No siendo éste el supuesto del contrato analizado, no procede examen alguno sobre si el adjudicatario ha presentado o no una oferta anormal o desproporcionada. Por ello, el recurso debe ser desestimado.

**DÉCIMO:** El artículo 47.5 del TRLCSP establece que “en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”. El órgano de contratación solicita la imposición de esta sanción al recurrente, solicitud a la que este órgano no puede acceder, ya que los argumentos aportados en su justificación no son suficientes. En primer lugar, el hecho de que la empresa sea la actual prestadora del servicio y se beneficie de su continuidad a pesar de haber finalizado el contrato no es, por sí mismo, un indicio suficiente de que la interposición del recurso sea temeraria o de mala fe; entender lo contrario



podría conducir a poner bajo sospecha los recursos de los licitadores en los que concurra la condición de anterior adjudicatario, lo que podría llegar a limitar su derecho efectivo a la tutela de sus intereses que el recurso especial les proporciona. En segundo lugar, aunque no cabe descartar con carácter general que las actuaciones previas al recurso puedan ser relevantes para apreciar la mala fe o temeridad, no se acredita que el comportamiento del recurrente durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, obstruccionista en opinión del poder adjudicador, esté vinculado con dicha cuestión. Finalmente, si bien es cierto que la doctrina expuesta en el fundamento jurídico anterior, cuya aplicación conduce a la desestimación del recurso, es ampliamente conocida y pacíficamente compartida por los operadores jurídicos profesionales del ámbito de la contratación pública, no es menos cierto que no cabe exigir o presumir dicho conocimiento al recurrente, especialmente si se tiene en cuenta que en la tramitación del recurso especial no es preceptiva la asistencia letrada. Por otro lado, aunque su contenido se ha desestimado, el recurso no carece de una argumentación articulada que lo fundamenta.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular suplente del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Desestimar el recurso especial interpuesto por las empresas Lagunduz, S.L. y Fundación Salud y Comunidad contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda a domicilio en el Municipio de Etxebarri”.

**SEGUNDO:** No imponer la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO:** Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 TRLCSP.

**CUARTO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



**QUINTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva 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 el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

**Vitoria-Gasteiz, 2014ko martxoaren 19a**  
Vitoria-Gasteiz, 19 de marzo de 2014