

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 30 de enero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Alcor Seguridad, S.L. (en adelante Alcor) contra su exclusión del procedimiento de contratación, mediante resolución de adjudicación de fecha 21 de noviembre de 2019, del Lote nº 2 “Albergue Vista Alegre y Residencia Infantil Vallehermoso”, del contrato de “Servicio de seguridad y vigilancia en tres centros de menores adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social”, dividido en dos lotes, número de expediente: A/SER-011819/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 27 de junio, 2 y 3 de julio de 2019 se publicó respectivamente, en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el DOUE y en el BOCM, la convocatoria del citado servicio de seguridad y vigilancia para centros de la Agencia Madrileña de Atención Social (en adelante AMAS) mediante licitación electrónica a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 3.374.551,40 euros para un plazo de ejecución de 24 meses prorrogable hasta un máximo de 48 meses.

Segundo.- A la licitación se presentaron 4 empresas, entre ellas la recurrente.

La Mesa de contratación se reunió el 15 de octubre de 2019 para la apertura pública de la proposición económica y criterios evaluables de forma automática de las ofertas presentadas al contrato, identificando como baja anormal la oferta de la recurrente. Tras la tramitación del procedimiento previsto en la Ley de Contratos del Sector Público, la Mesa el 29 de octubre de 2019, a la vista del informe técnico emitido por la Jefa del Área de Coordinación de Centros de Menores el 25 de octubre, acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de Alcor por no considerar justificada la valoración económica realizada para la correcta ejecución del contrato, y adjudicar el lote 2 a Sasegur S.L.

El 21 de noviembre de 2019 el Gerente del AMAS adjudica el contrato del lote 2 del contrato de servicios de referencia a Sasegur S.L.

Tercero.- El 18 de diciembre de 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación Alcor, en el que solicita dejar sin efecto su exclusión por incumplir la normativa aplicable al contrato, adolecer de motivación y atentar contra los principios de libertad de acceso e igualdad de todas las licitadoras, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la exclusión, admitiendo su proposición por cumplir fielmente con los pliegos que rigen la licitación en todos sus términos.

Cuarto.- El órgano de contratación el 26 de diciembre de 2019 remitió copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 de 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 (LCSP). En el informe el órgano de contratación manifiesta que reitera la valoración de que la oferta presentada por Alcor es inviable por no explicar satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes

propuestos, resultando incompleta y sin justificación económica suficiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 apartados 4 y 6 de la LCSP.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 2 se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que el lote restante se vea afectado por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

Sexto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por la interesada, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial al haber sido excluida su proposición al lote impugnado, por oferta anormalmente baja, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la

LCSP, al tratarse de persona jurídica: *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.*

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El acuerdo de adjudicación del contrato, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al tratarse de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el acto impugnado fue adoptado el 21 de noviembre de 2019, notificado y publicado el 25 de noviembre e interpuesto el recurso el 18 de diciembre de 2019, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto, se concreta en analizar si la oferta presentada por la recurrente al lote 2 es viable o no, comprobando si las justificaciones aportadas por Alcor a la proposición realizada, inicialmente incurra en valor anormal o desproporción, es o no satisfactoria en cuanto al bajo nivel de precios o costes propuestos.

En primer lugar interesa destacar que en la tramitación del expediente de contratación se ha seguido lo dispuesto en las cláusulas 1.9 y 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) relativas a los criterios objetivos de adjudicación del contrato y a la actuación de la Mesa de contratación en relación a las ofertas con valores anormales o desproporcionados y se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP.

La recurrente alega incongruencia en el informe que entiende injustificada la viabilidad de la oferta, que sirve de fundamento para la exclusión de Alcor, y ausencia de motivación en la resolución de exclusión.

Respecto a los costes de personal pone de manifiesto: Por un lado que la justificación aportada incluye el plus de peligrosidad por importe de 19,60 €x 15 pagas según convenio, por contra a lo afirmado en el informe técnico; Por otro lado en relación a la ausencia de incremento del 2% sobre los costes de personal para el año 2021, indica que en el Convenio estatal de empresas de seguridad con vigencia 2017-2020 no regula un aumento del 2% para el año 2021, el único incremento que se puede producir será de acuerdo a la subida del IPC, y ese es difícil de predecir a estas alturas, la justificación de la oferta se realiza con el incremento del 2% del año 2020 para el año 2021, añadiendo que Alcor abonará los salarios conforme a los incrementos anuales que correspondan de aprobarse un nuevo convenio estatal o de actualizarse las tablas salariales en años posteriores, sin que pueda realizar cálculos de aquello que no existe ni resulta de aplicación.

Respecto al índice de absentismo manifiesta conocer su existencia, así como de los perjuicios que acarrea, puesto que ha prestado y presta servicios en varios centros de menores. Sobre los gastos generales indica que los gastos en formación han sido imputados en el 4% de “Otros costes”, disponiendo de centro de formación propio, lo que le permite ofrecer precios más competitivos que los del resto de licitadoras. En cuanto a los medios auxiliares necesarios detalla que dispone de dicho material en propiedad, y que, como se manifestó en el Plan de seguridad, la empresa cuenta ya con centro de control en funcionamiento las 24 horas del día, por lo que estima que el porcentaje incluido en otros costes, puede cubrir de manera sobrada todas estas contingencias.

En definitiva alega que la oferta de Alcor no ha vulnerado normativa alguna, ni incumplido obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, cumpliendo el Convenio estatal de empresas de seguridad, considerando su oferta la mejor valorada, y totalmente adecuada desde el punto de vista técnico jurídico y económico, citando asimismo el artículo 197 “*Principio de riesgo y ventura del contratista*” de la LCSP. Asimismo, alude a contradicción en el cálculo de las ofertas temerarias al practicarlas sobre puntuación obtenida en juicios de valor

que no afectan al coste económico, indicando que a pesar de que el pliego lo contempla en su cláusula 1, carece de sentido calcular la temeridad de una oferta sobre la totalidad de criterios que no afectan en modo alguno a su coste.

Por su parte el órgano de contratación en relación a las alegaciones formuladas por la recurrente sobre los costes de personal, reconoce que los cálculos del plus de peligrosidad figuran en la justificación de la oferta conforme al Convenio Colectivo vigente. Sin embargo respecto del incremento de costes para el año 2021 mantiene que la recurrente no lo prevé, reflejando los mismos datos que para el año 2020. En el Convenio Colectivo no está previsto puesto que su vigencia finaliza en 2020, no obstante para hacer un cálculo adecuado del presupuesto del contrato se ha de considerar el contexto en el que se realiza, que actualmente es el de incremento de los salarios, así como la duración en el tiempo del servicio, que puede alargarse hasta el año 2023 con las prórrogas previstas, ya que en el pliego no está prevista la revisión de precios. Por tanto la empresa debiera haber realizado alguna previsión de incremento de costes de personal para el año 2021 con el fin de realizar un análisis realista de los costes, así la memoria económica del contrato previó un incremento del 2% siguiendo la pauta de subida de los años anteriores, la diferencia sería de 5.673,52 euros de incremento bruto, al que si se le añaden los gastos asociados al contrato (seguridad social, gastos generales, etc.), es de 8.903,57 euros, de costes no previstos.

En cuanto al cómputo del absentismo, gastos generales y beneficio industrial, Alcor en su justificación imputa al apartado "Otros costes" un 4% para "*absentismo, formación, uniformidad, medios materiales y gastos estructurales*", sin embargo la memoria económica del contrato estimó un 5% de índice de absentismo y un 6% de gastos generales, lo que supone un 11% respecto al 4% que prevé la oferta de la empresa. Respecto al índice de absentismo la recurrente alega que conoce el funcionamiento de los centros de menores, sin detallar en qué Comunidad Autónoma ni ofrecer dato alguno sobre el absentismo en esos centros. En cuanto a los gastos generales en relación a la formación (45 horas anuales por vigilante, 20 horas obligatorias más 25 horas suplementarias a que se compromete en su oferta como

criterio de adjudicación) indica que dispone de centro de formación, si bien no explica los costes directos asociados a la formación específica de este contrato. Y respecto a los costes de los medios materiales establecidos en el apartado 6.1 del PPT, relativo a los medios técnicos que la empresa adjudicataria se compromete a utilizar, tanto preexistentes que se pongan a disposición para la prestación del servicio como de nueva instalación, tan solo indica que dispone de un centro de control, lo que no se considera acorde con los requerimientos establecidos en el pliego. Tampoco se cuantifican los gastos asociados al responsable técnico o Inspector de los Servicios, ni costes de administración y gestión. La empresa está imputando a estos gastos un 4% del presupuesto del contrato sin bolsa de horas, que son 17.280 euros (450.000 de su oferta, menos el 2% de beneficio industrial que son 9.000 euros) respecto a más del doble de lo previsto en la memoria económica del contrato, sin que justifique de ninguna manera el ahorro.

Como consideraciones generales el informe indica que Alcor entiende que la baja desproporcionada debiera computarse exclusivamente respecto al precio y no sobre todos los criterios de adjudicación, lo que debiera haber planteado como recurso a los pliegos y no como justificación de la oferta y del recurso a su exclusión. Y concluye indicando en relación al principio de riesgo y ventura del contratista y el cumplimiento del Convenio Colectivo que alega la empresa, que más allá de las valoraciones subjetivas, es deber de la Administración que los presupuestos de los servicios se ajusten debidamente a los precios de mercado y asegurar que su prestación se realice con los máximos estándares de calidad, muy especialmente en el ámbito de la protección de menores, que resulta de especial sensibilidad para las políticas públicas y para la sociedad en general.

Como este Tribunal ha mantenido en anteriores Resoluciones el artículo 149 de la LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una 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 tal 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 segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes de asesoramiento técnico estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

En todo ello se debe resaltar que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes preceptivos emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Sin perjuicio de lo anterior se observa en el expediente la clara y concreta petición de información que el órgano de contratación dirige al licitador para su justificación de los costes salariales y otros costes de personal, los gastos generales y beneficio industrial, y la valoración del compromiso adquirido con los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, incluyendo bolsa de horas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, comprobándose de la documentación aportada por las partes que no han quedado suficientemente justificados todos los aspectos requeridos.

Así la oferta no recoge incremento salarial para el año 2021, coincidiendo este Tribunal con la consideración del órgano de contratación de que a la vista de la duración del contrato, hasta finales de 2021 con posibilidad de prórroga hasta 2023, y teniendo en cuenta los incrementos salariales para los años anteriores previstos en el convenio colectivo de aplicación, así como con carácter general la posibilidad de incremento de los salarios y en especial del salario mínimo interprofesional, debe preverse un incremento de los costes de personal de cara a las anualidades posteriores a 2020, máxime en el presente supuesto por tratarse de un servicio intensivo en mano de obra. Igualmente coincidimos en la apreciación relativa al índice de absentismo dado que con carácter general es del 5% en el sector servicios, siendo de especial importancia en los costes de este contrato ante la posible incidencia de circunstancias especiales que se pueden llegar a dar en este tipo de centros, debido a la posibilidad de intervenciones con contención física, situaciones de agresividad y de estrés, que pueden derivar en situaciones de baja laboral. Tampoco parecen suficientemente justificados los costes derivados de la formación ofertada, ni los importes previstos para la bolsa de horas.

Respecto a la afirmación de la recurrente relativa a que no tiene sentido calcular la temeridad de una oferta sobre la totalidad de los criterios, que contempla la cláusula 1.9 del PCAP, por considerar que no afecta al coste en modo alguno, en primer lugar se ha de indicar que el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP prevé que *“De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de*

apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, los señalados con los números 1 (precio) y 2 (criterios evaluables de forma automática), siendo los límites para apreciar que se dan en aquella circunstancia, las ofertas cuya puntuación sea superior en un 10% a la media de las admitidas". Asimismo, recoge como criterio evaluable de forma automática por aplicación de fórmulas el compromiso de ejecutar un Plan de formación a todos los vigilantes adscritos a la ejecución del servicio, sin perjuicio de la exigida en el PPT (20 horas), ponderándose con hasta 33 puntos, según el siguiente baremo:

“· Por 45 horas de formación por vigilante: 33 puntos.

· Por 40 horas de formación por vigilante: 25 puntos.

· Por 35 horas de formación por vigilante: 20 puntos.

· Por 30 horas de formación por vigilante: 15 puntos.

· Por 25 horas de formación por vigilante: 10 puntos

La formación a impartir deberá versar sobre las siguientes materias:

· Protección del menor y derechos de los niños.

· Utilización de medios de contención física de menores.

· Primeros Auxilios.”

Por tratarse de una licitación con pluralidad de criterios de adjudicación, tanto sujetos a juicio de valor como evaluables de forma automática, la cláusula 1.9 del PCAP que rige el contrato no hace otra cosa que cumplir con la previsión que para las ofertas anormalmente bajas recoge el artículo 149.2.b) de la LCSP *“Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto”,* previsión sumamente acertada puesto que con carácter general las mejoras que los licitadores ofertan, sobre los mínimos exigidos en los pliegos, sin duda tienen una repercusión en los costes del contrato a realizar, que no pueden ni deben ser desdeñadas a los efectos de considerar viable la prestación del servicio en los términos ofertados, pues de otra manera no quedaría garantizado que la realización del servicio se puede llevar a cabo y que se va a ejecutar según la oferta adjudicada. Por tanto la correcta ejecución de

las prestaciones contratadas incluyen también las mejoras que ofertadas por el contratista han sido aceptadas por el órgano de contratación, y cuya ponderación puede haber llegado a ser determinante en la selección del contratista para la ejecución del contrato.

Por último se ha de indicar que la resolución de adjudicación del órgano de contratación se encuentra suficientemente motivada, al detallar los hechos y los fundamentos jurídicos de la decisión adoptada, exponiendo de forma resumida las razones de la exclusión con remisión a la propuesta de la Mesa de contratación del AMAS y al informe técnico emitido por el Área de Coordinación de Centros de Menores sobre la justificación de Alcor, sin que sea necesario ni posible reproducir las argumentaciones que se recogen en los citados documentos en la Resolución de adjudicación, por lo que considera este Tribunal que el órgano de contratación ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 151 de la LCSP. En este sentido se considera justificada y detallada la valoración de los costes que constan en el informe técnico, a excepción del error relativo al plus de peligrosidad, alegado por la recurrente y reconocido por el órgano de contratación, que efectivamente figuraba incluido en los costes de personal aportados por Alcor en la justificación de su oferta, pero cuya cuantía no resulta relevante a los efectos de la consideración de la inviabilidad de la oferta.

Por todo lo expuesto este Tribunal, en virtud de las observaciones formuladas con anterioridad y de la procedente aplicación del criterio de discrecionalidad técnica, considera que debe respetar los resultados de la valoración sobre la no viabilidad de la oferta presentada por la recurrente efectuada por el órgano de contratación, desestimándose el recurso presentado al no apreciarse vulneración de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, ni en la LCSP, y sin que conste en la decisión impugnada desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación, ni error manifiesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de

diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Alcor Seguridad, S.L. contra su exclusión del procedimiento de contratación, mediante Resolución de adjudicación del Gerente del AMAS de fecha 21 de noviembre de 2019, del Lote nº 2 “Albergue Vista Alegre y Residencia Infantil Vallehermoso”, del contrato de “Servicio de seguridad y vigilancia en tres centros de menores adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social”, dividido en dos lotes, número de expediente: A/SER-011819/2019.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de contratación del lote 2 del citado contrato prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 del LCSP.