

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

En Madrid, a 13 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.P.S., en representación de la empresa Valoriza Servicios Medioambientales S.A., contra el acuerdo de la Concejal delegada del Área de Medioambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid de fecha 20 de diciembre de 2018, por el que se rechaza su oferta y se adjudica el contrato de servicios “Explotación de puntos limpios y de saneamiento de viviendas en la ciudad de Madrid” Expediente: 300/2018/00881, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 3 de octubre de 2018, se convocó mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios la adjudicación del contrato referenciado.

El valor estimado del contrato asciende a 28.195.106,42 euros y la duración será de cuatro años con una posible prórroga de otro año más.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 7 ofertas, entre ellas la de la recurrente.

Tramitado el procedimiento de licitación, en la fase de conocimiento de la oferta económica, la Mesa de contratación celebrada el 24 de octubre de 2018, constata la existencia de dos ofertas incursas en baja desproporcionada.

Requeridas las empresas Valoriza y Ascan Servicios Urbanos S.L., a fin de que justifiquen la viabilidad de su oferta de conformidad con el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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), la Mesa de contratación celebrada el 22 de noviembre de 2018, previos informes técnicos al respecto, acuerda por unanimidad rechazar ambas ofertas por no haber acreditado suficientemente su viabilidad económica.

Con fecha 25 de abril de 2019 y mediante Acuerdo de la Concejal Delegada del Área de Medio Ambiente y Movilidad se adjudica el contrato que nos ocupa y se declara definitivamente rechazadas las ofertas de Valoriza y Ascan.

Este acuerdo se notifica a los licitadores y se publica en la PCSP el 26 de diciembre de 2018, incluyendo la justificación de las exclusiones de las empresas que han presentado bajas desproporcionadas y cuya justificación no ha sido suficiente a juicio de la mesa de contratación.

Tercero.- Con fecha 17 de enero de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación Valoriza, en el que se solicita la admisión de su oferta por haber sido justificada correctamente y en consecuencia debe ser aceptada su viabilidad.

Funda su pretensión la indebida justificación que efectúa el órgano de contratación de su informe de viabilidad de la oferta.

El 28 de enero de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Fundamenta su rechazo de la oferta en *“Los siguientes aspectos se considera que no aclaran el porcentaje de baja ofertado:*

A. Inversiones (amortizadas en 4 años)

- *El valor residual de la maquinaria cedida no se considera acreditado, siendo muy superior al que desde el punto de vista técnico se juzga adecuado, lo que supone una reducción del precio de la inversión no justificada en 64.113,05 euros.*
- *El coste del personal asignado a la realización de las obras de adecuación de los puntos limpios fijos, así como la redacción de los correspondientes proyectos de construcción, suponen un sobrecoste de la inversión no considerado en la oferta del licitador por importe de 152.775,58 euros.*
- *No se ha incluido el coste de los dispositivos GPS embarcados, por un importe de 8.350 euros.*

B. Gasto corriente:

- *No se considera adecuada a las prescripciones del pliego la instalación propuesta, que se cede sin coste al contrato, por lo que se considera necesario el alquiler de otra instalación, por un coste anual de 78.300 euros.*
- *Los costes del personal operario de los puntos limpios de proximidad y del servicio de saneamiento de viviendas no se ajustan a lo exigido en el PPTP, lo que supone un coste anual adicional de 252.595,76 euros”.*

Cuarto.- Con fecha 29 de enero de 2019, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso especial interpuesto al adjudicatario de este contrato a fin de que formulen las alegaciones que consideren a su derecho. Dicho escrito se presentó ante este Tribunal el 5 de febrero de 2019, de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

Quinto.- Este procedimiento de contratación se encuentra suspendido de forma automática al haberse recurrido el acto de la adjudicación de conformidad con el

artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica cuya oferta ha sido excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el día 20 de diciembre de 2018, practicada la notificación el 26 de diciembre de 2018 e interpuesto el recurso, el 17 de enero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación y el rechazo de la oferta presentada a la licitación de un contrato de servicios de valor superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad.

La LCSP en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para

evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta, de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como establece el artículo 149 de la LCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida” o como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo: *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no*

se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla.

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 4 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior*” 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.

A todo ello cabe añadir 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 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.

Opone la recurrente al informe técnico emitido en fecha 19 de noviembre de 2018 por el que se considera que su oferta no ha sido debidamente justificada lo siguiente.

1.- En cuanto a que el valor residual de la maquinaria cedida no se considera acreditado no suponiendo en consecuencia una reducción del importe de la inversión, sostienen que dicha maquinaria puede ser aprovechada en otros contratos suscritos de otros municipios e incluso de otros países, habiendo realizado un estudio de coste según mercado.

En el informe al recurso el órgano de contratación insiste en que el valor de esa maquinaria es residual, su antigüedad y emisiones de gases no la sitúan ya en el mercado.

La adjudicataria por su parte considera al igual que el órgano de contratación que esa maquinaria en ningún caso tiene el valor que se la quiere otorgar, indicando así mismo la falta de estudio económico para afirmar cuál es su verdadero valor. Indica además que el valor de esa maquinaria afectaría al contrato para cuya ejecución se utilizara, no a este.

Este Tribunal considera que no existiendo estudio económico alguno por parte de la recurrente sobre el valor de la maquinaria cedida, debe tomarse como correcto el utilizado por el órgano de contratación, no obstante la apreciación que efectúa el adjudicatario sobre a cuál contrato debería de imputarse el ahorro se considera cierta y certera, no siendo al actualmente recurrido sino aquel que se utilizaran los vehículos para su ejecución.

2.- En cuanto al coste del personal la recurrente manifiesta en el recurso su adecuación a los requerimientos del PPT, indicando que determinados gastos de personal son asumidos por el staff de la empresa por lo que no producen incremento de gastos.

El órgano de contratación considera que el importe asignado para la realización de las obras de adecuación de los puntos limpios fijos, así como la redacción de los correspondientes proyectos de construcción, suponen un sobrecoste de la inversión no considerado en la oferta del licitador por importe de 252.775,58 euros. Ofrece una tabla con los cálculos efectuados para llegar a esta aseveración. Pone de relieve el error mecanográfico del informe inicial donde en lugar de 252.775,58 euros indica 152.775,58 euros, no obstante de las cifras que lo componen se detecta rápidamente el error.

Especialmente ilustrativa es la alegación efectuada por la adjudicataria a este respecto: *“De conformidad con el apartado 4 del Anexo I del PCAP, y los apartados 3 y 4 de la cláusula 5 del PPT, los puntos limpios de proximidad a cubrir serán 30, necesitando cada uno de ellos 6 puestos de trabajo en cada turno de trabajo dado que en todos los servicios, excepto en el de saneamiento de viviendas que solo se presta en turno de mañana, hay dos turnos (mañana y tarde).*

(...) Para la prestación del servicio son necesarios 6 puestos de trabajo en cada turno de trabajo, todos los días del año, con personal de lunes a viernes con una jornada de 35 horas semanales, es decir 7 h/día, y personal de fines de semana también 7 h/día, que es exactamente la jornada prevista en el Convenio y que realiza el personal objeto

de subrogación, los cuales, para cubrir las vacaciones y bajas, deberán incrementarse con el correspondiente paso de plantilla.

Sin embargo, VALORIZA ha considerado que el número de horas de cada trabajador para este servicio es de 3 horas en turno de mañana y 1,25 horas en turno de tarde, o lo que es lo mismo lo que se traduce en 8,3 operarios con un coste de 189.505,68€ para el primer año.

Pero la realidad es que las exigencias del PPT imponían la necesidad de contar con 27,36 operarios que suponen un coste de 624.647,82€, y en consecuencia un coste no contemplado de 435.142,11€ solo en el primer año de contrato.(...) Pero es que además de los 30 PLP exigidos en el pliego, todas las empresas que concurrían a la licitación incluida VALORIZA ofertaron como mejora el suministro y gestión de 20 nuevos PLP adicionales, con las mismas consideraciones que los anteriores. Es decir, un trabajador por cada 5 PLP y turno de mañana y tarde, lo que significa 4 operarios de lunes a domingo en turno de mañana y 4 operarios de lunes a domingo en turno de tarde.

Por lo que la plantilla necesaria para cumplir con las exigencias del pliego, utilizando los cálculos de plantilla de Valoriza, sería de 18,22 operarios frente a los 5,54 ofertados que suponen un coste para ese primer año de contrato de 421.898,74€, y en consecuencia un coste no contemplado para ese año de 289.536,97€. No pudiendo cubrirse esta diferencia con el beneficio industrial que se fija en un 4%”.

Se han comprobado los requerimientos de personal que establece el PPT así como la mejora ofertada por la recurrente, considerándose validos por este Tribunal los cálculos efectuados por la adjudicataria.

Se ha de destacar así mismo que no puede considerarse como válida la argumentación de que determinado grupo de personal no computa costes por pertenecer al staff de la empresa, ya que como en numerosas ocasiones se ha pronunciado este Tribunal, sea como coste de personal o parte de los gastos generales, se ha de imputar al coste total del contrato la cantidad que corresponda.

3.- En relación a la no inclusión en la justificación de la oferta del coste de los dispositivos GPS embarcados, opone la recurrente que se encuentran reflejados en el concepto “Sistemas Informáticos. Plataforma digital provisional (web) e integración posterior en plataforma que desarrollará los S. municipales” del siguiente modo:

<i>5 SERVICIOS COMUNES</i>				
<i>SISTEMA INFORMATICO</i>				
<i>Mnto. Sistema informático tiempo real posiciones rutas y ubicación PLM y operarios PLP. Programa gestión flotas GPS/GPRS vehículos</i>	<i>12</i>	<i>75€</i>	<i>900€</i>	

Ofrece asimismo una amplia justificación de como los servicios informáticos de la empresa se encargaran de la programación necesaria para cumplir los requisitos técnicos en esta materia.

Tanto el órgano de contratación como la adjudicataria ponen de relieve que el mantenimiento de los equipos no es su adquisición, que no consta en modo alguno en el informe de justificación de la oferta.

Este Tribunal ha revisado dicho informe y comprueba que la única alusión a los GPS es la transcrita, referida al mantenimiento y no a la adquisición.

4.- Como ultima consideración, el recurrente plantea que la nave puesta a disposición de la ejecución del contrato no produce gasto por ser propiedad de la empresa.

Por su parte el órgano de contratación considera que dicha nave no cumple las medidas mínimas exigidas en el PPT aportando como prueba la descripción catastral de la finca. En el recurso Valoriza aporta copia de la escritura de declaración de obra nueva de dicha nave donde consta sus dimensiones que son superiores a las requeridas.

No es momento procesal de discutir si esta nave cumple con los requisitos exigidos pues tal cuestión se debió valorar en el momento de admisión de la oferta. Habiendo sido admitida por el órgano de contratación, éste ahora no puede invocar incumplimiento de requisitos que conlleva inexorablemente a la exclusión. Ahora bien, no se puede admitir que un inmueble propiedad de la empresa no computa como coste en un presupuesto o en la justificación de una oferta como es el caso. Si bien no está afecta al pago de una renta, si lo está en cuanto a la dotación por amortización del bien, no habiéndose amortizado pues su construcción data de 2004. Las amortizaciones constituyen un concepto económico contemplado en los planes de contabilidad y por ello el coste de la amortización de la nave debe ser repercutido en el contrato en que se utilice como parte de la ejecución como gasto.

De todo ello se deduce que en el supuesto que nos ocupa, se debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el art. 149.4 de la LCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las oferta con valores anormales o desproporcionados; que la empresa recurrente ha emitido informe sobre su oferta, no habiéndose considerado debidamente justificada su viabilidad, por lo que resulta razonable la exclusión de la oferta presentada por Valoriza Servicios Medioambientales S.A. y procede desestimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 Valoriza Servicios Medioambientales S.A, frente al acuerdo de la Concejal delegada del Área de Medioambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid de fecha 20 de

diciembre de 2018, por el que se rechaza su oferta y se adjudica el contrato de servicios “Explotación de puntos limpios y de saneamiento de viviendas en la ciudad de Madrid”, Expediente: 300/2018/00881.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo al órgano de contratación y a la recurrente.

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 59.1 del LCSP.