

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

En Madrid, a 11 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación, interpuesto don M.M.L., en nombre y representación de la Asociación Área de Formación, contra la adjudicación del contrato de servicios “Taller de apoyo al empleo para personas en riesgo de exclusión social y perceptores de renta mínima de inserción del Distrito de Chamartín”, número de expediente: 300/2018/00165, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 de marzo de 2018 se publicó, en el BOCM y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un plazo de ejecución de dos años prorrogable hasta un máximo de cuatro y un valor estimado de 242.800 euros.

Segundo.- Al procedimiento de licitación concurrieron 3 empresas, incluida la recurrente.

La oferta económica presentada por la adjudicataria se consideró inicialmente desproporcionada, en aplicación de la previsión recogida en el apartado 20.B del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige el contrato y que establece como parámetro objetivo para apreciar valor anormal o desproporción en las proposiciones el criterio precio, tomando en consideración a los efectos de apreciar, en su caso, que una oferta puede o no ser cumplida los límites establecidos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tras la tramitación preceptiva de audiencia, justificación e informe técnico, la Mesa en su reunión de 27 de abril de 2018, acuerda que la empresa ha justificado su oferta por lo que se propone la adjudicación del contrato a favor de Acaya Naturaleza y vida S.L. (en adelante Acaya).

Tercero.- Por Decreto del Concejal Presidente de la Junta Municipal del Distrito de Chamartín del Ayuntamiento de Madrid el 22 de mayo de 2018, se adjudica el contrato, notificándose a la recurrente y publicándose en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 24 de mayo de 2018.

Cuarto.- El 13 de junio de 2018, la representación de la Asociación Área de Formación, presenta ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato “Taller de apoyo al empleo para personas en riesgo de exclusión social y perceptores de renta mínima de inserción del Distrito de Chamartín”, número de expediente: 300/2018/00165, recibido en este Tribunal con fecha 15 de junio de 2018, acompañado del expediente y del correspondiente informe.

La recurrente argumenta que los documentos aportados por Acaya no explican satisfactoriamente el bajo nivel del precio ofertado, presentando una justificación económica excesivamente escueta, sin una explicación pormenorizada de las partidas esenciales, el cálculo de absentismo no se ajusta a los datos publicados por el

Ayuntamiento de Madrid, y no consta el gasto del anuncio en el BOCM, ni una mínima previsión de incremento salarial para los 2 años del contrato, por lo que acompaña un informe pericial y solicita la anulación del Acuerdo de adjudicación del contrato.

El órgano de contratación en su informe detalla la evaluación efectuada de la oferta presentada por Acaya, observando que no presenta mejora salarial por lo que obtiene en este apartado 0 puntos sobre el máximo de 10 con que se ponderaba este subcriterio. Asimismo indica que el Departamento promotor del contrato se ratifica en el informe emitido considerando viable y ajustada al PCAP la oferta de Acaya, cuya baja justificó en plazo, el 17 de abril, presentando las siguientes argumentaciones: su experiencia en servicios similares en otros distritos, los costes de personal basados en el cuadro facilitado para la subrogación de los trabajadores en las mismas condiciones que venían recibiendo, calculados por los dos años de duración del contrato, más el coste de un 1% por un posible absentismo, y la valoración de otros costes como los gastos de gestión, en los que incluyen las 10 horas mensuales de coordinación recogidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP), el margen empresarial, y costes de material.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 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), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Acaya tuvo vista del expediente el 20 de mayo y con fecha de 26 de junio de 2018 presenta escrito con las alegaciones que se recogen posteriormente en los fundamentos.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida automáticamente por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21.1 del

Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPER), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, al prever que cuando el recurso se interponga contra el acto de adjudicación, el órgano de contratación suspenderá de inmediato la ejecución del mismo si el recurso se interpone ante él.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El expediente de contratación se rige por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera de la LCSP, sin perjuicio de que a la tramitación del recurso le sea de aplicación la LCSP por haberse dictado la adjudicación del contrato, acto objeto del recurso, con posterioridad al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de la Asociación Área de Formación para la interposición del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de la licitadora clasificada en segundo lugar *“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”*, puesto que la estimación del recurso podría colocarla en situación de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha producido en tiempo y forma, habiéndose presentado el 13 de junio de 2018 ante al órgano de contratación dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP, pues la resolución de adjudicación se notificó el 24 de mayo de 2018 a los tres licitadores, publicándose el mismo día en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El 15 de junio se recibe en este Tribunal junto con el expediente y el informe preceptivo del órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se concreta en analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria inicialmente incurso en presunción de temeridad.

El TRLCSP en su artículo 152.3 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 proposición, de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que 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 152 del TRLCSP, 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 Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, 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 no fuera así 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”.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 9/2016, de 22 de diciembre, manifiesta que *“El licitador deberá proporcionar argumentos suficientes que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que el contrato puede llevarse a cabo con garantías por el precio ofertado, argumentos o justificaciones que deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta que se ha presentado en relación al resto de ofertas válidas recibidas... El artículo 69.2 de la citada Directiva 2014/24/UE, enumera una serie de aspectos a que el licitador podrá referirse en sus explicaciones para la justificación de la oferta anormalmente baja, sin que esta enumeración, que figura básicamente en el artículo 152.3 del TRLCSP, tenga carácter limitativo ni obligatorio. No obstante, la legislación de contratos públicos no determina el nivel mínimo de desglose que han de exigir los órganos de contratación en la justificación de una oferta anormal o desproporcionada, dado que no resulta posible establecer unas reglas que sirvan para todo tipo de contratos y dado asimismo que las justificaciones por parte de las empresas pueden ser múltiples y diferentes y basarse en distintos conceptos. Ha de ser, pues, el órgano de contratación quien, a la vista de la justificación aportada por el licitador y a propuesta de la mesa de contratación con el asesoramiento técnico pertinente, resuelva si considera suficiente la justificación aportada para la correcta ejecución del contrato o, si por el contrario, considera que el contrato no puede ser cumplido según la proposición ofertada, a la vista de las justificaciones aportadas por el licitador...”.*

Es criterio de este Tribunal Administrativo de Contratación Pública (Resolución nº 185/2016, de 22 de septiembre) que: *“la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. La justificación ha de ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la*

omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.”

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP 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.

Acaya presenta escrito de justificación de la viabilidad de la oferta, en el que aunque no de forma prolija hace constar las condiciones de su proposición, basado en los costes que figuran reflejados en la siguiente tabla resumen:

| Concepto | Importe |
|--------------------------------|----------------|
| Coste de Personal..... | 76.089,60 € |
| 1 % Absentismo | 1.141,34 € |
| Total Personal..... | 77.230,94 € |
| Gastos de gestión | 3.250,00 € |
| Material | 1.000,00 € |
| Margen Empresarial..... | 1.086,23 € |
| Total contrato (sin IVA) | 82.567,17 € |

El informe técnico señala en resumen que la entidad ACAYA ratifica la viabilidad y condiciones del proyecto basando su argumentación en tres apartados: experiencia en servicios similares en otros distritos de la ciudad, costes de personal, y

otros costes de gestión, incluido el margen empresarial. Valorados los tres apartados señalados el Departamento de Servicios Sociales acepta la oferta presentada y adjunta la tabla resumen con los costes estipulados por la entidad.

La recurrente, a los argumentos indicados en el antecedente cuarto, acompaña como fundamento de su impugnación su estimación de costes ponderada para la ejecución del contrato, y asimismo adjunta un informe pericial de don J.S.S. que valora la oferta económica presentada por la adjudicataria, que solo tiene la consideración de tratarse de un argumento más aportado por la recurrente sin que este Tribunal considere necesario ni pertinente practicar a prueba pericial regulada en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El citado informe pericial resume sus valoraciones en un cuadro comparativo, que se anexa a continuación, contemplando conceptos y costes de la oferta de la adjudicataria, la resultante de los cálculos del perito y la diferencia entre ambas. La diferencia económica obtenida de 5.920,70 euros, la achaca a tres tipos de incidencias: costes no contemplados por Acaya en materia de personal, siendo de dudosa aplicación al supuesto contemplado el concepto de liquidación contractual, ausencia de justificación en gastos de materiales y gestión, y gastos no incluidos.

| Nº | CONCEPTO | Oferta Económica ACAYA | Oferta Económica PERITO | DIFERENCIA |
|----|--|------------------------|-------------------------|--------------------|
| 1 | Personal | 77.230,94 € | 83.175,39 € | -5.944,45 € |
| | – Salario | 76.089,60 € | 76.089,60 € | 0,00 € |
| | – Absentismo | 1.141,34 € | 2.647,92 € | -1.506,57 € |
| | – Incremento Salarial | - | 570,67 € | -570,67 € |
| | – Formación | - | 80,00 € | -80,00 € |
| | – Liquidación contractual | - | 3.787,20 € | -37.787,20 € |
| 2 | Material | 1.000,00 € | 500,00 € | 500,00 € |
| 3 | Gestión (Coordinación) | 3.250,00 € | 2.092,80 € | 1.157,20 € |
| 4 | Margen empresarial | 1.086,23 € | 1.086,23 € | 0,00 € |
| 5 | Otros Gastos no incluidos en la oferta | - | 1.633,45 € | -1.633,45 € |
| | – Anuncio BOCM | - | 1.480,24 € | -1.480,24 € |
| | – Garantías | - | 103,21 € | -103,21 € |
| | – Pólizas de seguros | - | 50,00 € | -50,00 € |
| | TOTAL OFERTA (SIN IVA) | 82.567,17 € | 88.487,87 € | -5.920,70 € |

En fase de alegaciones Acaya manifiesta que la justificación de la oferta realizada en el marco del procedimiento contradictorio incluye la información necesaria para la correcta apreciación de la viabilidad de la misma, y aclara que la partida referida a personal: salario, complementos y seguridad social de los trabajadores, se ha calculado sobre el salario base de los trabajadores del contrato conforme a las tablas de subrogación aportadas por la empresa saliente, adicionando los costes de empresa y el porcentaje de absentismo considerado, que no atiende a estimaciones contempladas en estudios generales, sino a las basadas en la experiencia de la empresa que traslada cifras reales de gasto por este concepto. En gastos de gestión se incluyen específicamente las horas de coordinación contempladas en el PPT, así como, los gastos de la sede de la entidad, personal de la empresa que indirectamente tiene relación con el servicio, material de oficina e informático, gastos financieros, seguros, tributos, así como gastos de licitación y son distribuidos en los diferentes proyectos que se gestionan, lo que hace que se pueda disminuir en gran medida el coste de estas partidas, y se adicionan 1.000 euros en concepto de material, no exigidos explícitamente en el PPTP. En cuanto al margen empresarial se fija enteramente a elección empresarial y su reducido margen se debe a una política empresarial expansiva, el incremento en el volumen de negocio permite reducir costes de proveedores a través de economías de escala y optimizar el tamaño de los diferentes departamentos, lo que redundará en mejores precios para contratos futuros en todas las partidas.

Este Tribunal considera que, en este tipo de contrato de servicios, los costes de personal son el importe principal y determinante, el órgano de contratación ha comprobado que están correctamente calculados y no se discuten de contrario. Asimismo, la Jefa del Departamento de Servicios Sociales en el informe técnico indica que la oferta presentada es viable, dado que los costes se ajustan a lo estipulado en las condiciones de contratación, y por tanto se acepta. Todo ello lleva a considerar que el informe aunque sucintamente motiva la aceptación de la viabilidad de la proposición de la empresa, y no excede los límites de la discrecionalidad que le es dada sin que se considere acreditado por la recurrente la inviabilidad alegada.

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.

De todo lo anterior se debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; que el informe técnico emitido se encuentra sucintamente motivado y por tanto habiéndose considerado viable por el órgano de contratación y no quedando acreditado de los argumentos de la recurrente, ni de los datos aportados en el documento de peritaje de parte presentado, desviaciones transcendentales procede desestimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en los artículos 46.1 de la LCSP y 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, interpuesto por don M.M.L., en nombre y representación de la Asociación Área de Formación contra la adjudicación del contrato de servicios “Taller de apoyo al empleo para personas en riesgo de exclusión social y perceptores de renta mínima de inserción del Distrito de Chamartín”, número de expediente: 300/2018/00165.

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.

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 59.1 de la LCSP.