

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Proyectamos Arte Comunicación, S.L. (en adelante PAC) contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 7 de agosto de 2020, por la que se le excluye de la licitación del contrato “Servicio de desarrollo económico y fomento del Centro de Iniciativas para la Formación y el Empleo”, del Ayuntamiento de Fuenlabrada, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 27 de marzo de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 487.122,00 euros, con un plazo de duración de 2 años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron tres empresas:

ASALMA Agrupación sociedades laborales de Madrid

Cink Venturing, S.L.

Proyectamos Arte Comunicación, S.L.

Con fecha 17 de julio de 2020, se procede a la apertura del sobre que contiene la oferta económica, emitiéndose informe de valoración con fecha 30 de julio considerando la oferta de la recurrente incurso en presunción de temeridad.

En consecuencia, la Mesa de contratación decide conceder a la recurrente el plazo de 3 días a fin de presentar justificación de su oferta. Una vez presentada la justificación, la Mesa de Contratación acuerda con fecha 7 de agosto de 2020 su exclusión por no considerarla viable.

Tercero.- El 25 de agosto de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de PAC contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 7 de agosto de 2020, por la que se le excluye de la licitación.

Cuarto.- El 2 de septiembre 2020, el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (en adelante LCSP).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 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 excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera 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 acto impugnado fue adoptado el 7 de agosto de 2020, publicándose el mismo día, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 25 de agosto de 2020 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Con relación al fondo del recurso procede destacar, en primer lugar, el contenido del acuerdo de la Mesa de contratación con relación a la justificación de la oferta incurrida en temeridad: *“Una vez realizada la apertura del Sobre B se detectó que la oferta económica presentada por el licitador Proyectamos Arte SL era desproporcionada en relación a las previsiones contenidas en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares al resultar inferior en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas (178.050 €).*

Dicho licitador fue requerido para que justificase los parámetros en base a los que había definido su oferta, encontrándose la misma no justificada por los siguientes motivos: Si bien es cierto que en el documento que presentan de justificación de la oferta anormalmente baja exponen sus motivos y adjuntan una tabla con el desglose del total de costes anuales, tanto costes directos anuales (gastos de salarios del personal exigido y gastos en diferentes partidas formativas y acciones de dinamización, eventos, networkings y gerencias asistidas e igualmente exigidas en el Pliego) como costes indirectos y beneficio industrial; sin embargo, han realizado una modificación en la jornada de los trabajadores que deben componer el equipo de trabajo que no se ajusta al Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el contrato.

Así, el apartado 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas recoge como equipo de trabajo un coordinador, dos técnicos y un administrativo, a su vez, el apartado 9 del mismo documento establece el horario de funcionamiento del servicio que es ‘los doce meses del año, en días laborables, de lunes a jueves de 9:00 a 14:00 horas y de 16:00 a 18:00 horas, y viernes de 9:00 a 14:00’.

Por su parte en la justificación relativa a la obtención de la cantidad ofertada, el licitador requerido especifica que el único trabajador para el que se ha previsto una jornada laboral de 33 horas semanales es para el administrativo, calculándose una jornada laboral de 19 horas semanales para el coordinador y de 24 horas semanales para cada uno de los técnicos, por lo que es evidente que los costes salariales considerados para la elaboración de la oferta son insuficientes para la cobertura del servicio objeto de licitación, para el que se requieren 4 personas (coordinador, dos técnicos y un administrativo) en un horario semanal de 33 horas a prestar durante los doce meses del año”.

Por su parte, el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), clausula 9 (horario) establece literalmente: “El servicio estará en funcionamiento los doce meses del año, en días laborables, de lunes a viernes, respetando los festivos de carácter nacional, autonómico y local. El horario del equipo del adjudicatario será lunes a jueves de 9.00 a 14.00 horas y de 16.00 a 18.00 horas y viernes de 9.00 a 14.00 horas “.

El recurrente manifiesta que en base a la citada prescripción técnica referida al horario de prestación del servicio y dando cumplimiento a lo previsto en la cláusula IV.4 del PCAP, que establece que los adjudicatarios deberían respetar como obligación legal lo dispuesto en el Convenio colectivo sectorial, en este caso, el XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, elaboró su oferta económica.

Sostiene que ningún momento se determina el horario de cada uno de los trabajadores, siendo necesario, además adecuar el presupuesto del contrato a lo dispuesto en el Convenio colectivo sectorial, no siendo posible mantener los costes de personal indicados en las consultas previas, sin vulnerar la legislación laboral vigente.

Con relación al coste del coordinador considera que en los presupuestos presentados por las empresas consultadas, esta partida se calcula alrededor de 40.000€ anuales. Sin embargo, a su juicio, los costes salariales según el Convenio colectivo, con carácter anual para el personal de Grado Superior son, sumados los gastos de Seguridad Social aproximados, de 27.638,65€ anuales. Entiende que no se puede justificar la cifra propuesta como salario del coordinador, y menos para una jornada de 33 horas semanales que se exige en el pliego para el funcionamiento del equipo de forma genérica y además, resulta del todo innecesario, pues las labores de coordinación no requieren una dedicación plena, pudiendo dedicar el tiempo, según su complejidad a 3 ó 4 proyectos simultáneos y ello no impediría que el servicio y el equipo estuviera en funcionamiento para los usuarios en el horario estipulado en el pliego de prescripciones técnicas.

Respecto de los asesores técnicos, considera que el coste salarial que se propone en consultas previas asciende a una cantidad media de 37.000 euros aproximadamente, mientras el convenio colectivo prevé un salario anual de 25.986,59 euros, por lo que la contratación de dos asesores, supondría una cantidad mínima salarial de 51.973,18 euros. Es decir, que, si consideramos los presupuestos

aportados en los pliegos por las empresas consultadas, es imposible que los dos asesores cumplan una jornada completa sin grave vulneración de sus derechos salariales, por lo que se estaría incurriendo en una grave ilegalidad y quebrantamiento de los derechos de los trabajadores. En este sentido, concluye que con dichas cifras y dentro del presupuesto base aprobado, solo quedaba apreciar una jornada parcial para cada uno de los asesores sin que ello fuera disconforme con el funcionamiento del servicio fijado en el PPT.

Finalmente, respecto del administrativo, considera que en este caso la persona dedicada a esta función necesaria y presencial, sí debe dedicar el 100% de la jornada, siendo la responsable de poner en funcionamiento el centro a diario y de hacer posible la operatividad del servicio como prevé el pliego de prescripciones técnicas. Para una jornada de 33h/semana, calculan los costes con referencia al tiempo dedicado, por lo que el importe total del coste es de 15.102€ anuales.

Por su parte, el Órgano de contratación sostiene que en la oferta de la recurrente se reducen los costes laborales calculados para la ejecución del contrato, reduciendo las horas de prestación del servicio que se establece de forma tasada en el PPT. El personal que preste el servicio debe cumplir con ese horario y la mejora o reducción del horario no es un aspecto negociable con el licitador, por lo tanto, el servicio debe prestarse en dichas condiciones horarias y no otras.

Considera que la empresa recurrente para elaborar su proposición económica debería haber tenido en cuenta en este caso, el personal obligatorio que tendría que poner a disposición del servicio, según se recoge en el PPT, y por lo tanto debería haber hecho un cálculo de los costes laborales que han servido de base para la aprobación del presupuesto base de licitación, mediante presupuestos solicitados a dos empresas.

Finaliza señalando *“La empresa no solo no impugna el pliego sino que presenta su proposición económica configurando la prestación del servicio a su*

antojo o medida, con distintas afirmaciones o comentarios tanto en su escrito de recurso así como en el escrito de justificación de dicha baja anormal, que causan al menos confusión o sorpresa”

Vistas las alegaciones de las partes, hay que manifestar que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación.

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 mencionados en el apartado cuarto”* 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 y el Órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar 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, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo”*.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la

propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato.

Para ello 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 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 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”*.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que en aquellos

casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación “*resolución reforzada*”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018, de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras). En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

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, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el Órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “*reforzada*”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al Órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

Vistas las alegaciones de las partes y de acuerdo con la doctrina expuesta, procede dilucidar si el informe justificativo de la baja temeraria cumple los requisitos de racionalidad y motivación reforzada exigido por la doctrina y la jurisprudencia.

Para ello, procede analizar, en primer lugar, el horario que de acuerdo con el PCAP deben prestar el personal adscrito al servicio. En este sentido, de la lectura de la cláusula 9 transcrito anteriormente, *“El horario del equipo del adjudicatario será lunes a jueves de 9.00 a 14.00 horas y de 16.00 a 18.00 horas y viernes de 9.00 a 14.00 horas”*, se deduce sin ningún género de dudas que el horario de los trabajadores adscritos queda claramente definido.

Considerando esta evidencia, lo que subyace en el fondo del recurso es una disconformidad con el presupuesto base de licitación, de manera que plantea una cierta enmienda a los Pliegos modulando su oferta en base a la dotación de personal que, a su juicio, considera suficiente para la prestación del servicio, minorando las horas prevista en la citada cláusula 9 del PCAP. Ello lleva, inevitablemente, a que su oferta sea insuficiente para atender el número de horas exigidas, como acertadamente sostiene el Órgano de contratación.

Como es sabido, los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los

órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna. Por tanto, el licitador, al presentar su oferta los acepta en sus propios términos, sin que sea aceptable introducir modificaciones a través de la oferta presentada.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

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 la representación de la empresa Proyectamos Arte Comunicación, S.L. contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 7 de agosto de 2020, por la que se le excluye de la licitación del contrato “Servicio de desarrollo económico y fomento del Centro de Iniciativas para la Formación y el Empleo”, del Ayuntamiento de Fuenlabrada

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.- 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 de la LCSP.