

**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 Óptima Facility Services, S.L., (en adelante OFS), contra la resolución de 6 de agosto de 2020, de la Delegada del Área de Portavoz, Seguridad y Emergencias, por la que se acuerda rechazar la oferta presentada para el lote 2 por estar incurso en temeridad, en el contrato “Servicio de limpieza en las dependencias e instalaciones de los edificios adscritos a la Jefatura del Cuerpo de Bomberos y a la Dirección General de Emergencias y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid”, dos lotes, expediente nº 300/2019/01102, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE de fecha 14 de mayo 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 11.475.973,40 euros, con un plazo de duración de 24 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron 17 empresas. Entre ellas la recurrente.

Con fecha 22 de junio de 2020, se celebró la Mesa de apertura de criterios valorables en cifras o porcentajes, considerando que la oferta presentada por OFS estaba incurso en presunción de anormalidad y acordó requerirle para que justificara su oferta y precisaran las condiciones de la misma susceptibles de determinar el bajo nivel de precio de conformidad con lo establecido en el artículo 149.4 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Con fecha 5 de agosto de 2020, la Mesa de contratación procedió a examinar el informe de viabilidad relativo al lote 2 emitido por el responsable del contrato de fecha 30 de julio de 2020, y en base al mismo, acuerda de conformidad con lo dispuesto en el 149.6 de la LCSP, proponer al Órgano de contratación declarar anormalmente baja la oferta presentada por OFS.

Con fecha 6 de agosto de 2020 la Delegada del Área de Portavoz, Seguridad y Emergencias, acordó rechazar la oferta presentada por OFS al no quedar acreditada su viabilidad.

Tercero.- El 28 de agosto de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de OFS contra el acuerdo de exclusión del contrato de referencia.

Cuarto.- El 3 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 (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 en 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 6 de agosto de 2020, notificándose el día 7 del mismo mes, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 28 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.b) de la LCSP.

Quinto.- Con relación al fondo del recurso, procede destacar el contenido del informe técnico sobre la justificación de la baja temeraria, que asciende al 22,03 %:

“1. No justifica el coste de personal, porque:

- No contempla la totalidad del personal a subrogar ni contempla el posible coste derivado de la no incorporación del mismo.

- El coste salarial de la oferta presentada es de 1.612.355,39 euros, un 16,75% inferior al previsto en los pliegos (1.936.603,01 euros) e inferior al coste del personal a subrogar (1.786.949,20 euros) y el licitador no justifica cómo va a hacer frente a esa reducción.

Cabe señalar al respecto que los pliegos se ciñen estrictamente al coste del personal a subrogar, que el propio licitador ha facilitado para fijar el precio del contrato, y a lo estipulado en el convenio colectivo de aplicación (que el licitador declara que cumplirá e incluso mejorará) para aquellos trabajadores que es preciso incorporar para cumplir con las horas necesarias que se requieren por encima del contrato actual.

2. No justifica el importe total de los costes de ejecución.

3. No justifica el importe de gastos generales.

Por todo ello, al no justificar convenientemente la baja ofertada, se estima que la oferta de Optima Facility Services, S.L no es viable económicamente.”

El recurrente sostiene que los servicios técnicos se limitan a “auditar” la justificación dada por OFS, en el informe de 26 de junio de 2020, aplicando su propio criterio sobre lo que debe considerarse por justificado o no justificado y que en ningún caso tiene fundamentación en los pliegos o la normativa aplicable, sin hacer un correcto y verdadero estudio de la viabilidad económica de la oferta. Considera que ni el acuerdo de exclusión ni el informe técnico están debidamente motivados para fundamentar la exclusión de la oferta.

Considera que del análisis del precio ofertado ofrece una justificación pormenorizada del total de salarios y costes sociales, fundamentada en que *“como actual adjudicatario del servicio, conoce la realidad del contrato por lo que se justificará el precio ofertado mediante un desglose pormenorizado del personal actual que justifica el importe de los costes salariales y sociales presentados en nuestra oferta. En este coste se han tenido en cuenta el personal actual y el personal necesario, tanto limpiador/a como peón especialista, especialista y encargado, para la correcta realización de todas las prestaciones del contrato descritas en el PPT, siendo por cuenta de Optima Facility Services, S.L. todos los costes inherentes a salarios, seguridad social y cuantos otros resulten pertinentes de acuerdo con la normativa laboral, teniendo en cuenta el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid para los años del 2020 al 2021.”*

Entienden que los servicios técnicos además de obviar otros muchos puntos de la justificación aportada, pasan por alto también la afirmación de OFS de haberse tenido en cuenta al personal actual y al personal necesario para realidad el cálculo de coste de personal. A su juicio, el Órgano de contratación confunde la obligación de subrogación, que esta recurrente ha manifestado cumplir subrogando a todo el personal actual adscrito al contrato, con la viabilidad de la oferta. Considera que ha justificado la viabilidad de su oferta, mostrando cálculos exhaustivos donde se valora no sólo el personal a subrogar, sino el que será necesario incorporar para dar cumplimiento al total de horas semanales requeridas cumpliendo así con las exigencias del pliego. Se ha justificado debidamente cómo el precio ofertado para personal alcanzará para cubrir tanto el personal a subrogar como las nuevas incorporaciones.

No niega las diferencias puestas de manifiesto en el informe técnico entre la realidad del servicio en el momento concreto en el que se dio cumplimiento al requerimiento y se facilitaron los listados de subrogación y la oferta presentada, pues efectivamente los listados de subrogación y la oferta fueron elaborados en

momentos diversos, separados temporalmente, y siendo, por tanto, las características del servicio diferentes en cada momento. Sin embargo, ha de rechazarse rotundamente que de ahí se pueda deducir una inviabilidad de la oferta económica presentada, ni mucho menos aún el incumplimiento de las obligaciones legales en materia de subrogación.

Por su parte, el Órgano de contratación considera que la alegación realizada por la recurrente en relación con la falta de justificación del informe técnico municipal, lejos de limitarse a *“auditar”* en 2 hojas, con *“valoraciones erróneas y superfluas”* la justificación de OFS de fecha 26 de junio de 2020, justifica sobradamente y de forma razonada, que no arbitraria, en un informe completo de 8 folios los diferentes motivos que acreditan, punto por punto, la falta de viabilidad de la oferta económica presentada por la recurrente, constituyendo el principal razonamiento la falta de justificación de costes laborales por referirse los mismos al casi el 90% de los costes del contrato, que no resultan completos al ignorar parte del personal a subrogar de forma obligatoria conforme a la normativa aplicable y a los Pliegos que rigen el contrato.

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. Solo 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 incurso 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).

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.

En el caso que nos ocupa, procede comenzar señalando que no se discute por la empresa recurrente que su oferta económica se encuentra, de acuerdo con el PCAP, en presunción de anormalidad o desproporción, ni tampoco el procedimiento seguido para su apreciación y justificación, por lo que debemos dilucidar si puede estimarse o no justificada la viabilidad de la oferta conforme a lo alegado por la recurrente, en especial en cuanto a los costes salariales que suponen más del 90% de los costes del contrato.

A este respecto, el propio recurrente admite diferencias entre el momento concreto en que se facilitaron los listados de subrogación y la oferta presentada, siendo, por tanto, las características del servicio diferentes en cada momento, desvinculando el cumplimiento de la subrogación de todo el personal actual adscrito al contrato de la viabilidad de la oferta.

En este sentido, el citado artículo 130 de la LCSP prevé que el Órgano de contratación facilite a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que ello implique y, a tal efecto, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados

estará obligada a proporcionar la referida información al Órgano de contratación, a requerimiento de este. Dicha información, tiene como objetivo facilita que los licitadores conozcan los costes exactos que implica dicha medida que, a su vez, incide en la determinación del precio de mercado y del presupuesto y el valor estimado del contrato.

Respecto de la doctrina de la mayor vinculación de la contratación pública con el cumplimiento de la normativa laboral baste aludir a la Resolución del TACRC 478/2020 fecha 2 de abril de 2020, alegada por el Órgano de contratación en el que el Tribunal declara que:

“Es evidente, pues, que la LCSP produce una mayor vinculación de la contratación pública con el cumplimiento de la normativa laboral. Difícilmente el órgano de contratación puede garantizar que en la ejecución del contrato se puedan cumplir con las obligaciones aplicables en materia laboral, si ya de inicio el adjudicatario no reflejase en su oferta económica el coste real del personal.”

Y asimismo, este Tribunal, en su Resolución nº 144/2017, de 4 de mayo de 2017 indicaba: *“Por tanto, la obligación de subrogación no es impuesta o excluida por la voluntad del órgano de contratación en los pliegos, sino que vendrá determinada por lo que al respecto determine la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación y en las condiciones así establecidas, debiendo los pliegos referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el objeto de que las ofertas presentadas tengan en cuenta esta eventualidad para realizar sus cálculos económicos y de otro orden. Además, la obligación de subrogación no implica necesariamente la del mantenimiento de la plantilla. Ahora bien, no estando obligado el adjudicatario a continuar con la misma para realizar la prestación contratada sí debe justificar en todo caso los costes derivados de la decisión de continuar o no con la totalidad o parte de los trabajadores incluidos en el contrato”.*

En el informe económico realizado por el Órgano de contratación para

determinar el presupuesto base de licitación señala que *“De todas estas horas semanales necesarias para el cumplimiento del presente contrato, la jornada del personal subrogado permite atenderlas en su totalidad, a excepción de 11,92 horas de limpieza semanal (968 - 956,08), 78 horas semanales de Especialista (117-39) y 39 horas semanales de Peón Especialista (78-39). Considerando que el coste del personal a subrogar conforme al listado facilitado por la empresa, es mayor que el importe previsto en el Convenio Regulador, se considera que el cálculo del coste del contrato, debe tener en cuenta esta circunstancia a cuyos efectos se realiza la siguiente estimación de costes de personal”*.

En dicho informe se hace constar que el coste de personal total es la suma del coste de personal a subrogar (con su antigüedad y complementos personales) y además personal de nueva contratación con el salario y condiciones del Convenio Colectivo y asciende a 1.936.903,01 euros según el siguiente desglose: Personal a subrogar 1.786.949,20, personal nueva contratación 149.953,81. Los datos del personal a subrogar fueron facilitados por la recurrente, actual prestadora del servicio.

La oferta realizada por el recurrente asciende a 1.612.355,39 euros, importe que no cubre los gastos de subrogación. Si bien es cierto que el recurrente no tiene obligación de adscribir al contrato a la totalidad del personal a subrogar, debe justificar en todo caso los costes derivados de dicha decisión a la hora de justificar su oferta. En el presente caso, como señala el Órgano de contratación, no se justifican los costes de la no adscripción al contrato de 12 limpiadoras que figuraban en el Anexo VIII del PCAP donde se establece la relación del personal a subrogar.

La actividad de la administración en orden a la apreciación de la viabilidad de las ofertas es discrecional, discrecionalidad que encuentra sus límites como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, en la motivación, la razonabilidad de las conclusiones y la inexistencia de errores en los actos presididos por dicho principio. En el caso que ahora nos ocupa, el Órgano de contratación ha justificado

de manera razonable la inviabilidad de su oferta, al considerar que no se ha justificado cómo cumplirá su compromiso durante todo el periodo de ejecución del contrato de mantener la plantilla mínima descrita en el pliego de prescripciones técnicas como consecuencia de la subrogación de las personas trabajadoras en cualquiera de sus modalidades.

Por último, dado que lo anterior ya permite justificar la decisión del Órgano de contratación, resulta innecesario incidir en otros aspectos menores de la justificación de la oferta, considerando que el coste del personal supone más del 90% de precio del contrato.

Por lo que 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 Óptima Facility Services, S.L., contra la resolución de 6 de agosto de 2020, de la Delegada del Área de Portavoz, Seguridad y Emergencias, por la que se acuerda rechazar la oferta presentada para el lote 2 por estar incurso en temeridad, en el contrato “Servicio de limpieza en las dependencias e instalaciones de los edificios adscritos a la Jefatura del Cuerpo de Bomberos y a la Dirección General de Emergencias y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid”, dos lotes, expediente nº 300/2019/01102,

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.