

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

En Madrid, a 5 de Septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don Á.P.T.C., en representación de la empresa Helechos Sociedad Cooperativa Madrileña, contra la Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social de 6 de julio del 2018, por la que se excluye de la licitación la oferta presentada por la recurrente y se adjudica el lote 1 del contrato denominado “Servicio de mantenimiento de jardinería en 24 centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, número de expediente: A/SER-001758/2018., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social de fecha 2 de febrero de 2018 se convocó licitación al contrato referenciado mediante procedimiento abierto y un solo criterio de valoración.

La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE y en el BOE el día 10 de marzo y en el BOCM el 8 de marzo en todos los casos de 2018.

El valor estimado asciende a 1.850.446,40 euros.

Segundo.- A la licitación del lote 1 se presentaron nueve empresas, incluida la recurrente.

El único criterio de adjudicación es la oferta económica, tal y como se establece en el apartado 3 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen el contrato así como en los anuncios oficiales de esta licitación.

La oferta económica presentada por la recurrente se consideró incurso en presunción de temeridad en aplicación de la previsión recogida en el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001. Tras seguir la tramitación del preceptivo procedimiento establecido en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre (TRLCSP), para las ofertas con valores anormales o desproporcionados, el órgano de contratación excluyó definitivamente de la licitación la oferta presentada por Helechos Sociedad Cooperativa Madrileña.

Tercero.- El 23 de julio de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Helechos Sociedad Cooperativa Madrileña, en el que solicita se considere válida la justificación de su oferta y en consecuencia se admita al proceso de licitación, procediéndose a anular la adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas.

El 26 de julio 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 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).

Cuarto.- Con fecha 30 de julio de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo se recibe comunicación del apoderado de Paisajes Sostenibles indicando a este Tribunal que no efectuará alegación alguna.

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, 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 y en consecuencia *“sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de forma directa o indirecta 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 6 de julio de 2018, practicada la notificación el 10 de julio

de 2018 e interpuesto el recurso, ante este Tribunal, el 23 de julio de 2018, 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 la licitación 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta presentada por la recurrente, al ser considerada desproporcionada y no haber sido suficientemente justificada la viabilidad de la misma a juicio del órgano de contratación.

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 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.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, 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, 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 incurra 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 presunta temeridad no afectará a la ejecución del contrato. Para ello el TRLCSP, en su artículo 152, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. 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 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 información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP, 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 pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

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.

En virtud de esta función de control, este Tribunal ha analizado el informe emitido por el órgano de contratación en el que persiste en la consideración de la

oferta efectuada por Helechos como desproporcionada y en consecuencia inviable para el correcto cumplimiento del contrato.

En dicho documento los servicios técnicos de la Agencia Madrileña de Atención Social manifiestan su disconformidad con la justificación efectuada por la licitadora dividiéndose sus manifestaciones en tres apartados, que responden a la disminución del porcentaje sobre el total del contrato en concepto de beneficio industrial propuesto, la disminución del porcentaje sobre el total del precio del contrato para cubrir los gastos generales que integran, así mismo los propios de materiales, maquinarias y consumibles y por último los costes de personal.

Se ha de advertir que el órgano de contratación basa el estudio de viabilidad económica de la oferta en la comparación con la memoria económica que, elaborada por los servicios técnicos administrativos, forma parte del expediente de contratación.

En relación con la disminución del porcentaje sobre el importe total del contrato sobre los conceptos de beneficio industrial y gastos generales, los argumentos expuestos por la recurrente en su inicial escrito de justificación de la oferta y en el propio recurso que nos ocupa, son claros, coherentes y consecuentes, no ofreciendo el órgano de contratación motivaciones suficientes que puedan desvirtuarlos.

Es necesario destacar que la memoria económica que forma parte del expediente de contratación no es insuperable, toda vez que de considerarla como mínimo de gasto sería imposible la licitación a la baja sobre el precio, por lo que salvo en contrataciones en las cuales no se puntúe la oferta económica, este tipo de memorias serán justificativas del gasto, pero nunca vinculantes en todos sus términos para los licitadores.

En cuanto al apartado de gastos de personal, mayoritario en este contrato el informe manifiesta que *“la empresa justifica 121.392,45 € de costes salariales anuales incluyendo pluses, antigüedad e incremento salarial. Con este dato y las horas anuales de 12.574 sale un precio de 9,65 €/hora por trabajador. Si este cálculo lo hacemos en base a las horas estipuladas en la memoria económica con 11.832 horas, el precio de cada trabajador sería de 10,26 €/hora y estaría dentro del convenio. La empresa ha realizado los cálculos de salarios con el mismo personal que figura en el contrato anterior y para cumplir el incremento de horas del nuevo PPT se debería incrementar las partidas de los diferentes gastos con respecto al nuevo número de trabajadores necesarios para cumplir las horas del contrato”*.

Como se puede comprobar el informe técnico emitido a instancia de la Mesa de contratación admite que el precio hora del operario y/o peón de jardinería se encuentra dentro de convenio, incurriendo así mismo en una incoherencia al indicar en la misma frase que la recurrente ha considerado muchas más horas de trabajo que las requeridas en el PPT y al mismo tiempo que no ha considerado el incremento de personal en este nuevo contrato. Debe señalarse a este respecto que el PPT considera la ejecución del contrato medida en horas de trabajo y no en personas, de manera que no parece razonable sostener que la oferta no es viable a la vez que se indica que contempla más horas que las señaladas en el PPT sin tener este exceso horario en consideración.

Por otro lado, se ha de advertir que los PPT no establecen un total de horas de ejecución, sino que, a través del trato pormenorizado de cada uno de los centros adscritos, se han de ir sumando por labores y días, descontando los festivos. Esta dificultad es considerada por el Tribunal como base del error en el cómputo total de horas por parte del recurrente. Resultando que ha presupuestado 742 horas más de las requeridas.

De acuerdo con el Convenio Colectivo del sector de la jardinería publicado en el BOE de fecha 9 de febrero de 2018 y por tanto vigente en el momento de

presentación de las ofertas, tanto el sueldo base y sus actualizaciones para los dos próximos años, como los complementos por distintos aspectos y la antigüedad han sido considerados en la justificación económica efectuada por la recurrente.

No obstante, es necesario destacar como partida más controvertida en la justificación de la oferta y su consiguiente inadmisión, la relativa al absentismo del personal. El órgano de contratación en su memoria establece un 6% de absentismo, porcentaje que mantiene en el resto de los informes, mientras que la recurrente contempla un 0,6%, basando esta cifra en su experiencia como anterior adjudicataria.

El absentismo de los trabajadores es un hecho incierto, que no puede asegurarse, como máximo, preverse desde la experiencia y la estadística. Se ha procedido a consultar estadísticas externas y objetivas sobre el absentismo laboral, sirviendo a tal efecto la emitida por la consultora Randstad Research la cual en su informe trimestral de absentismo laboral publicado en mayo de 2018, considera al sector de servicios de mantenimiento de jardinería como de muy elevado absentismo, atribuyendo una media del 7,2% frente a la media general que se sitúa en el 4,6%.

En aplicación directa a este contrato el absentismo según el más negativo de los datos se situaría en 852 horas/año. Considerando que el recurrente ha presupuestado 742 horas por encima de las que realmente comprende el contrato y sumando la cuantía destinada en su estudio de costes a este concepto se considera suficientemente dotada y en consecuencia viable la oferta económica presentada por Helechos a la vista de las razones esgrimidas por el órgano de contratación para su inadmisión.

Por todo lo cual este Tribunal considera el informe de apreciación por el órgano de contratación de la justificación de la oferta no se encuentra razonablemente motivado en este apartado, por lo que debe estimarse el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Helechos Sociedad Cooperativa Madrileña, contra la Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social de 6 de julio del 2018, por la que se excluye de la licitación la oferta presentada por la recurrente y se adjudica el lote 1 del contrato denominado “Servicio de mantenimiento de jardinería en 24 centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, número de expediente: A/SER-001758/2018.

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 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.