

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

En Madrid, a 28 de enero de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Team Service Facility S.L., (en adelante Team) contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Villaverde del Ayuntamiento de Madrid de fecha 3 de diciembre de 2020 por el que adjudica el contrato de “Servicios de limpieza de los equipamientos adscritos al distrito de Villaverde 2021/2022/2023” Lote 2, con número de expediente 300/2020/00421 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Órgano de contratación alojado en la plataforma de contratación del sector público, el 14 de septiembre de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 5 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 19.577.461,48 euros y su plazo de duración será de 3 años.

A la presente licitación se presentaron cuatro licitadores.

Segundo.- Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, en fase de apertura de las ofertas económicas, se emite informe técnico a solicitud de la Mesa de contratación para la determinación de las ofertas que pudieran encontrarse en situación de baja temeraria.

Dicho informe es emitido el 15 de octubre de 2020, indicando que la oferta de OHL Ingesan S.A. (en adelante OHL), se encuentra en situación de baja anormal.

Tras la solicitud del correspondiente informe de justificación de la viabilidad de la oferta y su presentación, la Mesa de contratación, en su sesión de 3 de noviembre de 2020, asumiendo el informe técnico efectuado, considera como viable la oferta presentada por OHL y propone al Órgano de contratación la adjudicación.

Con fecha 14 de diciembre de 2020 la Concejal Presidenta del Distrito de Villaverde, como Órgano de contratación, decreta la adjudicación del lote 2 del contrato de referencia a OHL.

Tercero.- El 29 de diciembre de 2020 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Team en el que solicita la anulación de la adjudicación efectuada y la exclusión de la oferta de OHL por no estar debidamente justificada su viabilidad una vez considerada temeraria.

El 5 de enero de 2021 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.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida 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 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el Órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El 20 de enero de 2021 OHL presenta escrito de alegaciones en el que se limita a manifestar que su oferta respeta los derechos salariales de los trabajadores según el vigente convenio colectivo, recuerda que el listado de personal a subrogar debe estar condicionado a los nuevos requerimientos del contrato objeto de licitación y considerando que la aceptación de la justificación de viabilidad de la oferta por el Órgano de contratación es suficiente para su consideración como tal.

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 clasificada en segundo lugar, *“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 acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 3 de diciembre de 2020 e interpuesto el recurso, el 29 de diciembre 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 adjudicación 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.- En cuanto al fondo del recurso la recurrente considera inadmisibile la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por OHL y previamente declarada temeraria.

Basa sus pretensiones en varios motivos. En primer lugar considera la oferta del adjudicatario debió haber sido rechazada dado que el precio ofertado no llega a cubrir el coste del personal interviniente, fijado por convenio.

A este respecto señala: *“El PCAP establece el número de horas anuales del personal a emplear, que es superior al del número de horas a realizar por el personal a subrogar. (...). En efecto, teniendo en cuenta que la jornada máxima efectiva para un trabajador en el convenio de limpieza de la Comunidad de Madrid es de 1.739 horas/año para jornada completa, el número de horas que realizará el personal a subrogar en el presente contrato será inferior a aquél”.*

Añade a sus manifestaciones: *“En efecto, la oferta presentada por la adjudicataria asciende a la cantidad de 1.454.935,20 €, en tanto que el coste del personal a subrogar supone, por sí sólo, 1.552.517,17 €.”.* Adjunta para documentar sus pretensiones certificado elaborado por la Asociación de Empresarios de Limpieza de Madrid, que confirma que los costes del personal subrogado ascienden al citado importe de 1.552.517,17 € (Sin computar incrementos de salario o aumento de antigüedad en el periodo de duración del contrato -tres años.).

Considera que: *“el documento Memoria justificativa del presente contrato, estimaba en 1.445.753,07€, el precio de los costes directos de personal, esto es, los correspondientes al limpiador, peón especialista, especialista y encargado. Para el cálculo de los costes reflejados en dicha Memoria se toma como base el informe/instrucción general proporcionado/dictado por la Dirección General de Relaciones con los Distritos y Asociaciones el 26 de febrero de 2019, en relación al convenio colectivo del Sector de limpieza de edificios y locales. Se trata por lo tanto de una estimación general realizada por la Administración, la cual debe ser concretada para cada licitación, tomando en consideración factores específicos de la misma”.*

Como segundo motivo de recurso, Team considera que la adjudicataria ha empleado en la justificación de su oferta de métodos de cálculo improcedentes que tergiversan la realidad de los costes directos de personal.

Concretamente considera que, para rebajar el coste de personal de 1.552.517,17 euros a 1.342.406,93 euros, utiliza diversas técnicas todas ellas rechazadas por la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales. El primero de ellos no concretando cifras, sino declarando simplemente que ha contemplado tanto el incremento de salarios como de la antigüedad de los trabajadores.

El segundo *“manipulando los conceptos de coste, transformando lo que sin duda son costes directos de personal, en costes de estructura. En sus propias palabras: “En efecto, el adjudicatario pretende “aligerar” los costes directos del personal que ejecutara la prestación, considerando e imputando a la partida de gastos generales o costes de estructura, (que debemos recordar asciende a unos escasos 38.664,20 €) la cobertura de las vacaciones y el absentismo del personal subrogado, y del nuevo personal a contratar”.* Invoca la Resolución de este Tribunal 168/2018, de 30 de mayo.

En tercer lugar considera que existe un abuso de su posición privilegiada en calidad de actual contratista del servicio, a la hora de justificar su oferta, lo que supone una quiebra al principio de igualdad que debe presidir toda licitación pública y, en consecuencia, debería haber llevado al rechazo de la justificación presentada. Se

concreta esta posición en el conocimiento de que un número significativo de los trabajadores a subrogar se van a jubilar próximamente, por lo que sus sustitutos gozaran de bonificaciones en sus cuotas a la seguridad social y no percibirán antigüedad. A este hecho suma que el absentismo lo han considerado en un 8% cuando lo elevó al 25% con motivo de la información solicitada por el Órgano de contratación para contestar públicamente a esta aclaración.

A estas manifestaciones el Órgano de contratación en su escrito al recurso no aporta dato alguno que pueda anular lo alegado por la recurrente, limitándose a defender la viabilidad de la oferta en base a los argumentos que OHL manifiesta en su escrito de justificación de la propuesta.

Por su parte la adjudicataria en su escrito de alegaciones no ofrece dato objetivo alguno que venga a contravenir los distintos argumentos de la recurrente.

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, 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 parezcan anormalmente bajas 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 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 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, y con la justificación de su desglose, 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.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 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, como la Resolución 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 la más reciente, de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva

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 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 el presente caso, el informe técnico por el cual se admite la justificación de viabilidad de la oferta temeraria en relación con los gastos de personal a subrogar establece: *“(...) Se indica que la magnitud de OHL SERVICIOS INGESAN como empresa, cuenta con personal de estructura incluido en los gastos generales, distribuidos para la cobertura de las tareas como especialista cristaleros o especialistas, disponiendo de personal que es posible destinarlo a otras necesidades y suplencias del personal de mano de obra para el servicio.*

MEDIOS INDIRECTOS

La empresa cuenta con personal de estructura que pondrá a disposición del servicio, como mano de obra directa, mano de obra indirecta, gestión y supervisión del servicio, así como para situaciones no previstas que puedan sobrevenir. El coste de estos medios está diluido en los gastos generales de las empresas integrantes, no afectando al coste económico del servicio. (...)

A este respecto el Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la cuestión de los costes de personal imputados en los documentos justificativos a otras partidas del contrato, valga por todas la Resolución 168/2018, de 30 de mayo *“ Los costes de personal, de plantilla suplente o de cualquier otra modalidad de contratación no son costes estructurales de la empresa y por lo tanto no es correcto su inclusión en ese apartado, con mayor motivo cuando, como en este caso, ese personal es objeto de subrogación y por tanto tiene que ser contemplado en el cuadro de costes de personal. La circunstancia de que se encuentren algunos de ellos en situación de baja médica no implica coste 0 para la empresa puesto que deben ser objeto de la correspondiente sustitución que evidentemente no es gasto estructural y que debe tenerse en cuenta aunque se haga con personal fijo puesto que algún coste tiene. Incluso si se emplea a personal de la empresa que ya está prestando servicio en otro contrato, esto lleva aparejado un coste para la empresa que hay que indicar. (...) La*

explicación sobre el contenido de la partidas de gastos generales y beneficio industrial expone que se incluyen gastos bancarios, supervisión, costes laborales indirectos (ruta de cristaleros, gestión del absentismo, bolsa de horas ofertadas como mejora, vestuario) subvenciones a la contratación indefinida, benéfico industrial, etc. pero no se desglosa ni justifica ninguna de las cantidades correspondientes a tales conceptos, ni siquiera las de los costes de personal que pueden ser las de mayor importancia”.

Para el resto de las partidas de gasto justificadas, el Órgano de contratación en su informe sobre la admisión de la viabilidad de la oferta se limita a concluir, después de repasar los epígrafes sobre los que ha versado la justificación requerida, sin ofrecer dato, cifra o argumento alguna: *“A la vista de la documentación presentada por el licitador, y una vez analizada la misma, se considera que la misma, contiene una información desglosada y justificativa de los costes del servicio. El coste del importe final lo calcula argumentando que la empresa reduce los gastos generales y beneficio industrial a 2,73 %. A pesar de que la reducción de los gastos generales es importante hay que señalar que ni la Ley de contratos del Sector Público, ni el Reglamento General de la Ley de Contratos establece un mínimo para este aspecto en un contrato de servicios, como es el caso que nos ocupa. En el Art. 131 del mencionado Reglamento General de la Ley de Contratos, se establece un porcentaje variable entre el 13 % y el 17% para el concepto de gastos generales, solo para el caso de los contratos de obras. Por lo tanto, se entiende que no es aplicable el contenido de dicho artículo en el presente contrato de servicios de limpieza. Con relación al beneficio industrial, no hay nada que observar, dado que cada empresa puede determinar el que estime conveniente para sus productos o servicios. A la vista de lo anterior, de acuerdo con el Artículo 149.6 de la LCSP, se considera que la información aportada en la justificación del licitador explica de manera adecuada el bajo coste propuesto y que, por tanto, la oferta puede ser cumplida”.*

Es cierto que la decisión sobre la viabilidad de la oferta corresponde al Órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior”.* 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. El mismo adoptará la decisión sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, pero ni unas ni los otros tienen carácter vinculante para el mismo.

En consecuencia, a la vista de las consideraciones expuestas debemos concluir que la oferta no ha sido justificada y el Informe no está debidamente motivado ni en las diferencias de costes directos de personal, ni en la desviación de costes directos a gastos estructurales, ni en la información privilegiada sobre las próximas jubilaciones de numerosos empleados ni en la reducción del porcentaje de absentismo que sirve para la justificación de los costes que pueda producir, dando validez incluso a técnicas que la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales han considerado incorrecta.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del Órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en este apartado, ni en el recurso planteado, se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al Órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe estimarse el 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Team Service Facility S.L., contra el Decreto de la Concejala

Presidenta del Distrito de Villaverde del Ayuntamiento de Madrid de fecha 3 de diciembre de 2020 por el que adjudica el contrato de “Servicios de limpieza de los equipamientos adscritos al distrito de Villaverde 2021/2022/2023” Lote 2, con número de expediente 300/2020/00421, anulando la adjudicación y retrotrayendo las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas valorables de forma automática.

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 en lo que se refiere al lote 2.

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 de la LCSP.