

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

En Madrid, a 21 de abril de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Mudanzas Flippers Internacional, S.L. (en adelante Flippers), contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Director General del Servicio Madrileño de Salud de 9 de marzo de 2021, por la que se adjudica contrato “Servicio de mudanzas y transporte de mobiliario, documentación, enseres y demás bienes muebles del edificio del Servicio Madrileño de Salud, ubicado en la plaza Carlos Trías Bertrán, 7 de Madrid”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 23 y 24 de septiembre de 2020 se publicó, respectivamente en el DOUE y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación del contrato de servicios de referencia, mediante procedimiento abierto y criterio único.

El valor estimado asciende a 256.548,92 euros y el plazo de ejecuciones de 23 días.

Segundo.- A la licitación se presentaron ocho empresas, una de ellas la recurrente.

Una vez examinadas por los servicios técnicos correspondientes las proposiciones económicas presentadas, se identificó que la oferta de la empresa Flippers estaba incurso en valores anormales o desproporcionados, conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, por lo que se requirió a la empresa para que procediera a justificar la viabilidad de su oferta.

La mesa de contratación, con fecha 2 de diciembre de 2020, a la vista del informe técnico presentado, acuerda proponer la exclusión del licitador al considerar que no ha quedado acreditada la viabilidad de su oferta.

El 12 de enero de 2021 este Tribunal, emitió Resolución nº 13/2021 inadmitiendo el Recurso Especial en Materia de Contratación interpuesto por la representación de Flippers, contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 2 de diciembre de 2020, en el que se propuso la exclusión del recurrente por no haber justificado la viabilidad de su oferta, por impugnar un acto no susceptible de recurso.

Con fecha 9 de marzo de 2021 se acuerda la adjudicación del contrato y la exclusión de la recurrente.

Tercero.- Con fecha 24 de marzo de 2021, se presentó ante el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por Flippers en el que impugna el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia y se acuerda su exclusión.

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.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente administrativo 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 (en adelante, LCSP), recibéndolo el Tribunal el 12 de abril de 2021.

Sexto.- 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. No se han presentado alegaciones por el interesado.

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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de FLIPPERS para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 12 de marzo de 2021, e interpuesto el recurso, en el órgano de contratación el 24 de marzo de 2021, 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 del contrato y la exclusión de una oferta en 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 asunto se trata de dilucidar si el acuerdo de exclusión por no quedar acreditada la viabilidad de su oferta es ajustado a derecho.

A efectos de la resolución del recurso resulta de interés transcribir el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta del recurrente:

“PRIMERO. - En aplicación del artículo 201 de la LCSP, se pone de manifiesto que la empresa Mudanzas Flippers Internacional S.L, no aplica con el rigor exigible sus obligaciones en materia laboral, más concretamente, el convenio colectivo vigente del sector de Logística, paquetería y actividades anexas al transporte, por lo que, siendo un coste muy considerable de los licitadores adjudicatarios, obliga a tomarlos muy en consideración para la ejecución del contrato.

SEGUNDO. - La empresa, en su justificación de la oferta requerida, aporta poca explicación de otros aspectos que van más allá de los meramente económicos y con ellos cierta opacidad que aclare o justifique ciertas decisiones empresariales, para poder llevar a buen término la ejecución del contrato. A este respecto, llama la atención que:

a) Que el cálculo de su oferta se ha realizado sobre la base de 120 h normales y 64 h extraordinarias, lo que hacen un total de 184 horas. Esto no se corresponde con las horas de trabajo indicadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas que serán 23 jornadas, de lunes a domingo, en horario de 08:00 a 20:00 horas y en el que no se incluye horario nocturno. Esto supone un total de 276 horas de trabajo.

- b) Que esas 12 horas diarias, con el mismo criterio de la empresa, las realizarán siempre los mismos trabajadores, pues por ello reconoce el pago de horas extras.*
- c) Que siendo así, el convenio, en su artículo 30.4, contempla el pago de lo que denomina “ayuda de comida”, que se cuantifica en 11,78 €, por persona y día, lo que daría un total de 5.147,86 €, para los 23 días de contrato y que la empresa ha omitido como justificación de sus ofertas.*
- d) Que el artículo 22 del Convenio, contempla la obligación de la empresa de suscribir un seguro de accidentes, que la empresa tampoco ha valorado ni justificado.*
- e) Que el artículo 13 del Convenio, que establece los límites temporales de la jornada laboral, impone el obligatorio descanso (dos días a la semana), el régimen de trabajo y las horas máximas diarias a realizar, sin que la empresa ni en su oferta ni en su justificación aclare, explique, valore y proponga el debido cumplimiento de esta obligación.*

TERCERO.- La empresa usa y esgrime argumentos poco comprensibles, por ejemplo, que la realización –literal- “...de 48 horas extraordinarias con la consiguiente reducción de costes...”, dan viabilidad a su argumento, obviando el artículo 27 del Convenio, que dice que se “...procurará reducirlas al mínimo indispensable...y que responderán a una inexcusable exigencia...” y en esencia, el Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de Marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada laboral, que las limita o, como regula el artículo 35, del estatuto de los Trabajadores que toma en consideración que la horas extraordinarias, debieran ser para “...prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes...”, es decir, con el tiempo suficiente, no se puede considerar por parte de este asesor técnico, la realización de horas extraordinarias, el menos sin ninguna justificación aparente.

CUARTO. - No obstante, todo lo anterior, la empresa dice que sus costes de mano de obra, - pagina 12 de su documento- ascienden a la cantidad de 60.659,14 €, muy lejos del calculado por nosotros que asciende a la cantidad de 90.509,57 €, según el cuadro que se adjunta como anexo al final de este documento. Sirva como

información de alcance los siguientes criterios que se han tenido en cuenta para su cálculo:

- a) Se ha considerado la realización de 12 horas diarias por los trabajadores, como ha hecho la empresa.*
- b) Se tenido en cuenta el coste de la antigüedad, dos bienios, para todos los trabajadores, excepto para los cuatro mozos, pues según la empresa –pagina 11, último párrafo-, “...el mozo ordinario tendrá una antigüedad de un año...”.*
- c) Se ha aplicado un tipo del 33,6% de gastos de Seguridad Social, como ha hecho la empresa, aun no estando de acuerdo con ello por ser diferencias de poca entidad.*
- d) Se ha calculado por separado, los costes de las horas ordinarias y el de las horas extraordinarias, aplicando a éstas el tipo del 23,6% que le corresponde como coste de Seguridad Social.*
- e) No se ha considerado el perjuicio que le genera al trabajador la realización, cobro y cotización de las horas extraordinarias, pues no se computan en la base de cotización, salvo para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, artículo 147.2, apartado*
- e) de la Ley General de la Seguridad Social.*
- f) Al igual que la empresa, no se ha tenido en cuenta la especial retribución que se deba pagar por trabajar los días de descanso o festivos.*

QUINTO. - La cláusula 14 del PCAP, dice que la empresa deberá acreditar que “...la empresa dispone de una póliza de responsabilidad civil...para el cumplimiento del objeto y plazo de duración del contrato...”. La empresa ha hecho constar (a modo de ver de este asesor técnico, de manera incomprensible) unas cantidades en sus medios técnicos –pagina 2 y siguientes del documento de justificación de oferta-, por ejemplo, en los costes de camión amortizado de más de 3,5 T, que desglosa de la siguiente manera: Coste anual del seguro, RC camión y RC mercancía, que no se sabe y con ello se hace referencia a la exigencia del PCAP. Lo cierto es que en lo que la empresa llama en su punto 10, página 22 del documento, DESGLOSE DE COSTES DIRECTOS E INDIRECTOS, no hace mención alguna de esta póliza, por lo que es de considerar que una cosas es la responsabilidad civil y el seguro de los vehículos y otra, muy distinta, es tener la cobertura por daños corporales, materiales

o patrimoniales causados –en este caso por la empresa-a terceros que pudieran ser culpa del asegurado o de las personas de quien deba responder, por hechos derivados de esta actividad concreta.

Como ya es criterio de este asesor técnico, la empresa la empresa ha hecho una oferta y una posterior justificación donde se incumplen, no solo obligaciones derivadas del convenio colectivo aplicable, sino de otras disposiciones, que impiden la adjudicación de este contrato.

La LCSP, insiste en la observancia y exigencia aplicativa de los convenios salariales en la determinación de los precios, tanto en el cálculo del valor estimado, como del precio del contrato (artículos 99, 100 y 101), y claramente el licitador no cumple con esas obligaciones y que por lo que establece el 149.4 «en todo caso los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional (...)».

El recurrente alega que, en su escrito de justificación indicaban que la duración del servicio será de 184 h de trabajo efectivo de 20 operarios (2 capataces, 4 conductores de categoría C, 9 conductores de categoría B, 1 mozo especialista y 4 mozos). Si bien es cierto que en el Pliego de Prescripciones Técnicas se ha definido un plazo de ejecución del contrato de 23 días, de lunes a domingo, en horario de 08:00 a 20:00 horas, no hemos considerado en ningún momento, contrariamente a lo que afirma el técnico, que los 20 operarios deben estar presente a la vez durante toda la duración del contrato. Consiguientemente, el razonamiento del técnico de aplicar los costes de los 20 operarios sobre 276 horas es erróneo. Si por necesidades del servicio fuera necesario la presencia de personal de nuestra empresa durante el horario de 8h a 20h se realizarían dos turnos de trabajo uno que empezara a las 8:00 h con una jornada de 8 horas efectivas de trabajo y otro turno que finalizaría a las 20:00 h, también con 8 horas de trabajo efectivas.

Tampoco comparten el criterio del técnico respecto las horas extraordinarias. Señala que en su escrito consideraron el pago de horas extraordinarias a las realizadas los sábados y domingos que comprendan la ejecución del traslado. Puesto que no han definido el programa de trabajo y por tanto el inicio del servicio, la hipótesis de trabajo con la que se confecciona la oferta es que esos 23 días incluyan 4 sábados y 4 domingos (64h extraordinarias). También indicamos que si se define el inicio en un lunes serían 3 sábados y 3 domingos (48h extraordinarias). Por tanto el razonamiento del técnico vuelve a ser erróneo, el pago de horas extraordinarias se justifica por las realizadas en fines de semana y no porque vayan a ser siempre los mismos trabajadores los que ejecuten el contrato. Aclaremos también que la realización de horas extraordinarias es una “exigencia” del Pliego de Prescripciones Técnicas al definir la duración de la ejecución en 23 días de lunes a domingo. Por tanto, falta a la verdad el punto tercero del informe del técnico en el que no considera ninguna justificación aparente.

Respecto al punto segundo d) del informe, el técnico hace mención del seguro de accidentes indicando que no se ha valorado ni justificado. Hay que indicar que este seguro se ha considerado dentro de los gastos generales de la empresa puesto que se renueva anualmente independientemente de los servicios que se realicen.

Con respecto al punto c) del informe, el técnico afirma que no se ha tenido en cuenta la “ayuda de comida”. Manifiesta que según el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera y operadores de transporte de la Comunidad de Madrid. En el artículo 30 del convenio punto 4 establece; *“Si no se da la circunstancia de desplazarse fuera de la Comunidad de Madrid, pero por conveniencia del servicio un/a trabajador/a realiza su almuerzo o cena, a su hora habitual, fuera de su centro de trabajo y de su domicilio, la empresa le abonará, en concepto de ayuda compensatoria de carácter extrasalarial, una ayuda de comida en la cuantía reflejada en la tabla salarial Anexa para los años 2018, 2019 y 2020”*.

En el artículo 13 del Convenio establece; *“La jornada ordinaria para todo el personal incluido en el ámbito de aplicación de este convenio, será de mil*

setecientas sesenta y ocho (1.768) horas anuales de trabajo efectivo, entendiéndose por tal la efectiva prestación del servicio, por lo que no se computan al respecto los descansos e interrupciones durante la jornada, tales como para comida y bocadillo”.

En el caso que nos ocupa, no se contempla, para la ejecución del servicio objeto de la licitación, la ayuda de comida puesto que nuestro personal tiene su residencia en el área metropolitana de Madrid y tiene autorización para desplazarse a su domicilio para almorzar sin que ese tiempo se compute como trabajo efectivo. Esto es posible puesto que el horario en el que se pueden realizar los trabajos es de 8h a 20h, suficientemente amplio para no tener que realizar la comida obligatoriamente en el lugar donde se desarrolla el servicio.

Así mismo, manifiesta su disconformidad con los costes de personal calculados en el informe técnico.

Por su parte, el órgano de contratación se ratifica en el informe técnico que analizó la viabilidad de la oferta. Considera que el artículo 149 de la LCSP sobre ofertas anormalmente bajas, exige que los pliegos contemplen parámetros objetivos para identificar los casos en que una oferta se considera anormalmente baja y entre las cuestiones sobre las que se puede solicitar información al licitador están el respeto a las obligaciones sociales y laborales, no siendo justificable precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 LCSP.

A su vez, considera que el artículo 149.4 de la LCSP establece en su párrafo 5 que *“los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”.*

Vistas las alegaciones de las partes, hay que considerar, como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones que 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, 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 resulta inviable”.

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.).

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, 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 ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

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.

Analizado el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta temeraria, se observa que cumple los estándares legales y jurisprudenciales en cuanto a la motivación reforzada de rechazo de la oferta. En efecto, dicho informe realiza un análisis exhaustivo tanto sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 201 de la LCSP, en lo referente al cumplimiento de las obligaciones laborales, como a la viabilidad de la oferta en sentido económico, llegando a la conclusión razonada de que la oferta no puede cumplirse satisfactoriamente.

Por todo lo anterior, debe considerarse la exclusión ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Mudanzas Flippers Internacional, S.L., contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Director General del Servicio Madrileño de Salud de 9 de marzo de 2021, por la que se adjudica contrato “Servicio de mudanzas y transporte de mobiliario, documentación, enseres y demás bienes muebles del edificio del Servicio Madrileño de Salud, ubicado en la plaza Carlos Trías Bertrán, 7 de Madrid”.

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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar 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.