

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

En Madrid, a 20 de mayo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Aralia Servicios Sociosanitarios, S.A., contra la orden 473//2021 de 13 de abril de 2021, de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Gestión del centro de atención a personas mayores dependientes (residencia y centro de día) Isabel la Católica de Madrid”, número de expediente 042/2020 (A/SER-005828/2020), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 3 de septiembre de 2020, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 4 de septiembre en el DOUE y el 9 de septiembre en el BOCM se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 20.604.799,45 euros y su plazo de

duración será de tres años.

A la presente licitación se presentaron ocho empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 15 de octubre de 2020, la Mesa de contratación se reúne para, entre otras actuaciones, proceder a la apertura de las ofertas económicas. En este acto se concluye que varias empresas, entre ellas Aralia Servicios Sociosanitarios, S.A., (en adelante ARALIA), incurre en presunción de baja anormal o desproporcionada, por ello de conformidad con el artículo 149 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) se le requiere para que justifique su oferta.

El 13 de abril de 2021, se reúne nuevamente la Mesa para analizar los informes sobre la justificación de la baja ofertada por las empresas, emitidos con fechas 10 de marzo y 8 de abril de 2021, y a la vista de los mismos propone al órgano de contratación excluir a ARALIA. Dicha propuesta es aceptada por el órgano de contratación mediante la Orden de 13 de abril de 2021.

Tercero.- El 3 de mayo de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ARALIA en el que solicita que se declare nula y no conforme a derecho la Orden recurrida. Adicionalmente solicita la adopción de medidas cautelares.

El 11 de mayo de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 13 de mayo de

2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la 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 46.1 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 del procedimiento de 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 acuerdo impugnado fue adoptado el 13 de abril de 2021, practicada la notificación el 14 de abril, e interpuesto el recurso el 3 de mayo 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 un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo,

en el marco 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.- En cuanto al fondo del recurso, el recurrente después de citar una extensa doctrina sobre las bajas temerarias, alega que únicamente se le requirió para que justificase y desglosase razonadamente y detalladamente el bajo nivel de precios o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, especialmente respecto a los costes de personal y costes indirectos, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos y que a pesar de ello presentó una completísima y documentadísima explicación de todos y cada uno de los puntos de su oferta.

Manifiesta el recurrente que el informe técnico incurre en varios errores.

En relación con los costes de personal de atención directa e indirecta manifiesta su discrepancia sobre el importe de seguridad social y alega que cuando se efectuó el cálculo de antigüedad ya se tuvo en cuenta el coste de seguridad social. Pero, aunque no fuese así la diferencia de 4.811,72 euros es perfectamente asumible por otra partida.

Respecto al porcentaje de absentismo el informe indica que no se hace mención sobre qué cantidades se ha aplicado y el recurrente aclara que en los casos de absentismo el personal de reemplazo carece de antigüedad.

No obstante lo anterior, el recurrente reconoce un error en la cuantía del total de coste de personal pero que es una diferencia de apenas 1.343,47 euros.

También discrepa el recurrente sobre la no aplicación del salario mínimo interprofesional al limpiador/a, planchador/a, pinche de cocina y personal no cualificado, puesto que la jornada no es completa. Así alega que no existen en los pliegos ratios de personas mínimo a contratar ni jornadas semanales mínimas, por

ello es intrascendente si en el presupuesto de licitación se contemplaron 3 cocineros y 6 pinches de cocina con jornadas de 40 horas y que ella que es la actual adjudicataria presta el servicio con menos personal (3 cocineros y 4 pinches) con jornadas más reducidas. Al respecto aclara que aunque en el personal a subrogar que él entregó figuraban ocho pinches, dos eran de sustitución para cubrir ausencias y otros dos ya habían sido despedidos con anterioridad.

En relación con el personal de mantenimiento considera que se cubre perfectamente con una persona a jornada completa y en relación con el personal de limpieza, a pesar de que en el presupuesto base de licitación se contemplaron 22 trabajadores con jornadas de 40 horas, manifiesta que es capaz de prestar dicho servicio con 15 trabajadores con jornadas más reducidas. Toda esta reducción de personal lo fundamenta en que es perfectamente conocedora del servicio por prestarlo actualmente.

En cuanto a los gastos en bienes corrientes y servicios, en concreto en la restauración vuelve a justificar su diferencia del precio de licitación (248.710,50 euros/año) del de su oferta (175.138,34 euros/año) sobre la propia experiencia en la gestión de la Residencia. Por lo que se refiere a los bajos costes de material de limpieza, lavandería y aseso alega que aportó gastos por estos conceptos en el año 2019 y que se corresponde con el coste real.

En relación con los suministros alega que los bajos precios es consecuencia de los acuerdos comerciales y en relación con las diferencias existentes en las pólizas de seguros ya se aclararon las mismas.

Por último, manifiesta que en relación con los ingresos que puede obtener por alimentación, podología y peluquería es lo que le permite “cuadrar” los números que confirman la viabilidad de su oferta.

Por su parte el órgano de contratación alega que la recurrente no ofrece ningún argumento que permita entender que la valoración realizada por el órgano de contratación es infundada o ha incurrido en un error manifiesto, Más bien en su escrito asumen algún error en su justificación que califica de “*intrascendente*” además de aprovechar el trámite del recurso para aportar nuevos documentos y justificaciones que no realizó en el momento oportuno. Los errores cometidos en la contabilización de los totales pueden ser considerados por la empresa como intrascendentes, pero a efectos de la justificación de la baja ante este centro gestor tienen su importancia junto con el resto de lo argumentado por la empresa.

Manifiesta el órgano de contratación que es especialmente significativa la explicación de la no utilización del Salario Mínimo Interprofesional actualizado hecho que se señaló en el informe técnico dado que la empresa considera que las remuneraciones lo superan al sumarse todos los complementos salariales y que la jornada de todos esos trabajadores no es completa lo cual insinúa una aplicación del convenio en materia retributiva restrictiva para esas categorías profesionales con el fin de ajustar los costes.

En relación con las ratios de personal recuerda que el precio de licitación se obtiene estableciendo una dotación de personal considerada óptima para la prestación del servicio teniendo en cuenta además tanto la plantilla presente como la establecida en licitaciones anteriores y a partir de ahí se estima el importe con los otros costes asociados.

Las nuevas explicaciones aportadas por la empresa en el recurso no añaden ninguna explicación creíble de la baja formulada en su oferta ya que además afirma que con menos personal puede ejecutar el contrato. En la realidad es que el cumplimiento del nuevo pliego tal y como está definido implica la utilización de una dotación de personal superior a la justificada por ARALIA tal y como se afirmaba en el informe realizado sobre la baja de la empresa.

En relación con la justificación de la recurrente en vía de recurso sobre la diferencia de pinches de cocina, considera que estas cuestiones más que reforzar la justificación de su oferta apoyan las conclusiones del informe de la Dirección General encargada de este contrato, es decir, que el personal de cocina es insuficiente para prestar un servicio tan importante en una residencia de personas mayores como es la manutención de los usuarios.

Manifiesta el órgano de contratación que en el caso del mantenimiento del edificio es significativo que el recurrente según su experiencia afirme que las exigencias del nuevo pliego son las mismas que las del pliego anterior cuando esa misma experiencia a lo largo de las licitaciones llevadas a cabo por esta Consejería han obligado a elevar las exigencias estableciendo un catálogo exhaustivo de prestaciones para evitar que la anterior redacción amparase a las empresas gestoras que, sin excepción, han tendido a establecer en mínimos los niveles de mantenimiento de los edificios ante la falta de concreción de los pliegos en este apartado. Es por ello que se considera que con el gasto justificado por la empresa no pueda ser cumplido el pliego en este apartado. En este apartado la empresa recurrente vuelve a aportar datos nuevos que no figuraban, en su primera justificación. Concretamente señala que *Aralia, en su condición de empresa gestora de varios centros de mayores de la Comunidad de Madrid, tiene personal de mantenimiento adscrito directamente a sus servicios centrales en Madrid, el cual se desplaza, en función de las necesidades, a los distintos centros gestionados por la empresa.* Por otra parte, de este personal de apoyo a las labores de mantenimiento no se realiza ninguna imputación en su justificación lo que no deja de avalar la conclusión del informe de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia en el sentido de que se hace necesario una auxiliar de mantenimiento además del oficial de mantenimiento estimado por ARALIA, como consecuencia del aumento de las exigencias en mantenimiento del centro que recogen los pliegos.

En definitiva en los conceptos de bienes y servicios, alimentación, limpieza y mantenimiento dejando aparte los errores en la totalización de los importes, hay que

significar que los cálculos establecidos por la Administración para la determinación de los distintos conceptos de coste se estiman correctos y adecuados para el aseguramiento de la calidad del servicio y en este caso la prestación actual del mismo no presupone que se pueda prestar con la calidad exigida por el nuevo pliego con los precios justificados por el licitador.

En cuanto a los suministros, los cálculos realizados por la Administración se llevan a cabo mediante estimaciones de gasto derivados de la experiencia en los otros contratos licitados en centros similares y se tiene en cuenta la información que se facilita por parte de las empresas que ejecutan el contrato referenciado por lo que se consideran adecuados y la justificación aportada en su momento por la empresa con inconcreciones y errores de cálculo suscitaba dudas en cuanto a su viabilidad, dudas que se mantienen una vez examinado el texto del recurso.

En cuanto a la alusión del recurrente de los ingresos derivados de la explotación, los mismos están sujetos a variabilidad dependiendo del número de usuarios que hagan uso del servicio.

Como viene manteniendo este Tribunal en sus anteriores Resoluciones, el artículo 149 de la LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. La justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones.

Es regla común general en el Derecho español, por influencia del Derecho Comunitario, la de adjudicar el contrato a favor de la oferta económicamente más

ventajosa, estableciéndose como excepción que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados, sin que implique la exclusión automática, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia para que el licitador justifique la viabilidad económica de su proposición, recabando los asesoramientos técnicos procedentes, sin que sea necesaria una prueba exhaustiva, bastando acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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 de asesoramiento técnico 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. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, 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.

En todo ello se debe resaltar que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes preceptivos emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

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 el presente caso se observa que se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP.

En relación con el informe técnico de 10 de marzo de 2021, de la Directora General de Atención al Mayor y a la Dependencia sobre la viabilidad de la oferta de la entidad ARALIA hace un análisis exhaustivo de los gastos de personal, de los gastos de bienes corrientes y servicios.

En este informe se pone de manifiesto las diferencias existentes en las distintas tablas que reflejan en el importe total de costes de personal con el importe consignado en el resumen de costes que incluye para el mismo total coste de personal, error que es asumido por el recurrente pero que lo califica como insignificantes.

Al margen de pequeñas discrepancias en relación con la aplicación del porcentaje de seguridad social o el cálculo sobre absentismo lo más llamativo es la reducción de personal de atención indirecta que supone una bajada del 30,94 % del presupuesto de licitación que supone pasar de ser ocho pinches de cocina a cuatro pinches de cocina. El recurrente ofrece explicaciones al respecto sobre este personal a subrogar, que él mismo había aportado de conformidad con el artículo 130 de la LCSP. No obstante, en el informe técnico ya existe constancia de los distintos tipos de contratos y jornadas que tenían estos trabajadores, salvo el despido de dos de ellos cuya información aporta ahora en vía de recurso.

Al margen de lo anterior, en el cálculo del precio de licitación se han valorado 6 pinches con jornada de 40 horas semanales por considerar que es el personal necesario para prestar un servicio de calidad.

Lo mismo ocurre con el personal de mantenimiento en que ARALIA consigna únicamente el coste de un oficial de mantenimiento, sin embargo en el presupuesto base de licitación se consignaron 2 trabajadores un oficial y un auxiliar de mantenimiento como el mínimo para llevar acabo un mantenimiento adecuado del centro.

Aun es más llamativa la diferencia del personal de limpieza donde ARALIA considera 15 trabajadores para la limpieza, con jornada laboral de 35,00 o 35,90 horas de jornada semanal a excepción de dos empleados que realizan 40 horas y uno 37,79 horas y en los cálculos realizados para obtener el precio de licitación se estimaron en 22 (7 trabajadores más) el número necesario de trabajadores para dar cumplimiento al punto 9. Servicio de limpieza incluido en el apartado X, Mantenimiento del Centro del Pliego de Prescripciones Técnicas donde se establece que el servicio de limpieza se prestará todos los días del año, en turnos de mañana y tarde. Una reducción tan importante en el número de trabajadores que prestan un servicio tan esencial en una residencia de mayores compromete su correcta ejecución por lo que no se estima debidamente justificados los costes en este apartado.

Analiza la diferencia de los gastos indirectos estimados por ARALIA y son inferiores en un 21,95% a los de licitación.

También destaca la enorme diferencia en los costes en bienes corrientes y servicios:

* Alimentación/Restauración: 248.710,50 euros presupuestados en la licitación y 175.138,34 euros por ARALIA.

* Limpieza, lavandería y aseo: 66.745,91 euros licitación y 26.506,84 euros ARALIA.

* Mantenimiento: 57.887,54 euros licitación y 23.818,49 euros ARALIA.

* Electricidad, agua, gas/suministros: 250.989,44 euros licitación y 152.643,18 euros ARALIA.

Asimismo se pone de manifiesto en el informe que la proposición económica presentada por ARALIA era de 11.050.781,5 euros, pero en su informe de justificación consta 10.494.089,66, por lo que no coincide con la oferta presentada.

Finalmente concluye que el gasto consignado para el mantenimiento es escaso pues la presente licitación eleva de forma notable las exigencias y en relación con las diferencias existentes en los costes de restauración /alimentación no garantizan suficientemente la calidad y cantidad de las mismas, lo mismo ocurre con los gastos de limpieza, lavandería y aseo.

Por último, destaca el informe técnico que el contrato actual no es exactamente el mismo que el contrato al que sustituye, ya que establece nuevas obligaciones para el adjudicatario con repercusión económica, como es el incremento del personal de atención directa que aumenta de 36 gerocultores requeridos en el pliego anterior, a 44 en el actual, 1 ATS/DUE más, 1 médico más a media jornada y 1 Animador Sociocultural de nueva contratación, además de considerar el mencionado aumento de las obligaciones en relación al mantenimiento del inmueble y sus instalaciones, por lo que la empresa no puede basarse en su experiencia como adjudicataria actual del contrato para justificar los costes ofertados ya que no es una justificación válida. La ejecución del nuevo contrato con costes basados en un contrato cuyas prestaciones son diferentes y superiores en exigencia a las anteriores puede conllevar una ejecución defectuosa del mismo y por tanto un deterioro en la calidad del servicio prestado.

Un importe muy reducido de la dotación de presupuesto para bienes y servicios puede llevar a incumplimientos en las prestaciones definidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato en los servicios descritos en el apartado V

DESCRIPCION DE LOS SERVICIOS, en lo dispuesto en los apartados VIII ESTUDIO ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO o X MANTENIMIENTO DEL CENTRO, entre otros, teniendo en cuenta que el inmueble tiene un tamaño considerable: 13.969 m2 con sus instalaciones correspondientes, y a una calidad insuficiente en la prestación del servicio en general.

Vistas las alegaciones de las partes y el informe técnico que como sea expuesto anteriormente hace una revisión exhaustiva de los gastos, este Tribunal considera que existe una motivación razonable para no considerar justificada la oferta de ARALIA incurso en valores anormales o desproporcionados, por lo que procede desestimar el recurso especial en materia de contratación.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Aralia Servicios Sociosanitarios, S.A, contra la orden 473/2021 de 13 de abril de 2021, de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Gestión del centro de atención a personas mayores dependientes (residencia y centro de día) Isabel la Católica de Madrid”, número de expediente 042/2020 (A/SER-005828/2020).

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.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada el 13 de mayo de 2021, por este Tribunal.

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.