

**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 OHL SERVICIOS-INGRESAN,S.A. (en adelante OHL) 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 OHL, incurre en presunción de baja anormal o desproporcionada, por ello de conformidad con el artículo 149 de la LCSP 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 OHL. Dicha propuesta es aceptada por el órgano de contratación mediante la Orden de 13 de abril de 2021.

Tercero.- El 5 de mayo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de OHL en el que solicita que se declare nula y ordene la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas y que se le proponga como adjudicatario. Adicionalmente solicita la adopción de medidas cautelares.

El 12 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 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 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 5 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 entiende que *“en el informe técnico sobre justificación de su oferta considera que en el apartado de personal las diferencias se encuentran justificadas, siendo esta parte la más importante desde el punto . Sin embargo, en el resto de conceptos el informe considera que la justificación realizada es demasiado genérica, llegando a la conclusión de que no se han justificado dichos costes”*.

Asimismo, alega *“que la experiencia y estructura empresarial de mi representada, que gestiona estos servicios en todo el territorio nacional, permite la prestación del servicio con suficientes garantías”*. Y que *“una de las principales ventajas de su empresa es su menor infraestructura que les permite realizar los trabajos sin tener que rentabilizar los elevados costes generales de las grandes empresas. También han conseguido precios muy ajustados fruto de la negociación con proveedores y que cubre otras líneas de negocio de limpieza y mantenimiento en Madrid que le permite esa reducción de costes”*.

Por ello, considera *“que es evidente que la recurrente podía prestar el servicio y que no se le había requerido en ningún momento que aportara un desglose determinado ni unos justificantes de costes específicos y aporta en vía de recurso un documento que dice que es el que se tuvo en cuenta para elaborar su oferta”*.

A continuación, cita diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por su parte el órgano de contratación en su informe alega *“que la entidad 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". Hay que incidir que no se puede considerar justificada una oferta que únicamente se basa en el tamaño de la empresa y su presumible capacidad para llevar a cabo el contrato. De esta manera las supuestas sinergias y ventajas de la recurrente han de ser respaldadas con algo más que meras afirmaciones de la capacidad de la empresa.

En relación con los costes de personal de atención directa, que evidentemente constituyen una parte importante del contrato, el órgano de contratación alega "que no obstante el contrato tiene otros muchos componentes del servicio cuyos costes en la oferta deben ser justificados: alimentación, limpieza, mantenimiento, transporte, y otros, además de los relativos a los criterios de calidad. La deficiente justificación aportada por la empresa en estos apartados impidió considerar viable su oferta. No se puede dejar de mencionar que los costes que no se refieren al personal de atención directa suponen un 38% del presupuesto de licitación, cuya entidad cuantitativa y cualitativa hace necesario una justificación por parte de la recurrente que vaya más allá de simples generalidades".

En relación con la alegación del recurrente sobre que el informe sobre la baja incurre en un excesivo rigorismo el órgano de contratación se opone puesto que en el requerimiento se le solicitaba que "justificase y desglosase razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, 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 presentando la información y documentos que resulten pertinentes firmados digitalmente por su representante legal".

En cuanto a la alegación que realiza el recurrente en su recurso sobre la estructura de la empresa y la situación coyuntural de ser prestadora de servicios parecidos en la Comunidad de Madrid, manifiesta el órgano de contratación que todas

estas cuestiones ya se analizaron en el informe técnico emitido por la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia. sobre la baja de la oferta realizada.

Asimismo, manifiesta el órgano de contratación que la aportación de nueva documentación justificativa no puede ser admitida por extemporánea ya que debió aportarse en el momento procedimental oportuno pues su admisión supondría conculcar el principio de igualdad de trato de los licitadores. Cita al respecto la Resolución 532/2014 del TACRC “*debiendo inadmitirse en fase de prueba documento nuevos, aportados en sede de recurso*”

En cuanto a la alegación de la recurrente sobre la falta de claridad del requerimiento efectuado considera que de la simple lectura del mismo permite apreciar que no se puede sostener que ello impidiese la justificación de su baja con el debido detalle, ya que en ningún momento el citado requerimiento establece limitación alguna a la justificación de la oferta.

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 y que el requerimiento efectuado es acorde con lo establecido en la norma pues el recurrente podía haber presentado toda la información y documentación que considera oportuna para justificar su oferta.

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 OHL hace un análisis detallado de la justificación presentada por la entidad.

En relación con el coste de personal de atención directa considera que las diferencias se encuentran justificadas. Sin embargo, en cuanto a los costes de personal de atención indirecta se han cuantificado sin especificar el coste por categoría profesional ni el número de trabajadores que se han incluido en el cálculo impidiendo realizar una correcta comparación por lo que no se pueden considerar debidamente justificados.

En cuanto a los gastos de bienes y servicios indica que se ofrecen cantidades a tanto alzado sin aportar ninguna explicación relativa a su composición y solo se hacen afirmaciones genéricas sin aportar datos objetivos que permita evaluar el impacto de las economías de escala y su repercusión en el precio final.

Las diferencias entre los costes de bienes corrientes y servicios calculados para obtener el precio de licitación y la oferta realizada por entidad OHL SERVICIOS-INGESAN S.A. en los apartados citados es importante, asciende a un importe de 325.920,40 euros por cada año y no se encuentra justificada por los argumentos

anteriormente expuestos. Igual sucede con el coste de las mejoras que no ofrece ninguna explicación más allá de los importes que refleja.

Vistas las alegaciones de las partes, en primer lugar, señalar que en relación con la documentación aportada por el recurrente, ahora en vía de recurso para completar la justificación de su oferta, la misma no puede ser objeto de valoración pues ello supondría conculcar los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores establecidos en la LCSP. Por lo que respecta al informe técnico, que como sea expuesto anteriormente hace una revisión completa de la justificación aportada por la recurrente, este Tribunal considera que existe una motivación razonable para no considerar justificada la oferta de OHL incurso en valores anormales o desproporcionado, 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 OHL SERVICIOS-INGRESAN,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.