

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

En Madrid, a 8 de julio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Alcor Seguridad, S.L. (en adelante Alcor) contra el Acuerdo de presidenta de la mesa de contratación de fecha 2 de junio de 2021 por el que excluye la oferta de la recurrente y se adjudica el contrato de “Servicio de seguridad y vigilancia “Veranos de la Villa 2021 y Festival de la Luz 2021”, lote 1, promovido por la empresa pública del Ayuntamiento de Madrid, Madrid Destino, número de expediente SP21-00172 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en fecha 27 de abril de 2021, en el DOUE y en el perfil de contratante de Madrid Destino, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y trámite de urgencia con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 199.595,22 euros y su plazo de duración será de cinco meses.

A la presente licitación se presentaron 3 licitadores.

Segundo.- Tras la valoración de las ofertas presentadas, se acuerda en fecha 5 de mayo declarar que la oferta de Ariete Seguridad, S.L. y Alcor Seguridad, S.L incurre en valores anormales o desproporcionados, otorgando un plazo al efecto hasta el 10 de mayo, para proceder a la justificación de la viabilidad de su oferta.

Con fecha 1 de junio, la Gerente de Madrid Destino acuerda excluir a Alcor de la licitación y adjudicar el contrato a Ariete Seguridad.

Tercero.- El 24 de junio de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Alcor en el que solicita

El 2 de julio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- 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 resto de interesados 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. Con fecha 2 de julio, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Madrid Destino es una empresa municipal del Ayuntamiento de Madrid que, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LCSP, forma parte del sector público y tiene la consideración de poder adjudicador por tener personalidad jurídica propia, haberse creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y estar financiada su actividad y controlada su gestión y nombrados los miembros de su Consejo de Administración por una Administración Pública que es poder adjudicador como el Ayuntamiento de Madrid.

Los contratos de Madrid Destino tendrán carácter privado, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación por el régimen contenido en la LCSP, siendo susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la 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 notificado el día 1 de junio de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 24 de junio 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso la recurrente considera que su oferta ha sido perfectamente justificada en cuanto a su viabilidad, por lo que no procede su exclusión.

Manifiesta que su informe de viabilidad justifica los costes del contrato de la siguiente forma: *“Los costes de personal no son cuestionados por el acuerdo de la mesa, no obstante, no considera justificada la partida de OTROS COSTES, referentes a: absentismo, formación, uniformidad, medios materiales y gastos estructurales. Dicha resolución hace especial hincapié en una errata de escritura que se comete en la aclaración de los costes, sobre lo que solo cabe decir que es un error de escritura en uno de los porcentajes (se escribe 0,25% para uniformidad en lugar de 0 50%), pues el cálculo de 469,31€ por vigilante para dicha partida es el mismo en ambas justificaciones y es el resultante de aplicar el porcentaje de 0,50% en esa partida. En la segunda aclaración, se especifica el porcentaje previsto para cada partida y su importe por vigilante de seguridad.*

- Absentismo: 0,50% costes personal-----117,33€

- Formación: 0,50% costes personal-----117,33€

- Uniformidad: 0,50% costes personal-----117,33€

- Medios materiales 0,25% costes personal-----58,66€

- Gastos estructurales: 0,25% costes personal....58,66€

TOTAL GASTOS: 469,31€

Con los debidos respetos, esta parte considera que tras la segunda aclaración realizada queda sobradamente justificada la oferta presentada. Analizamos ahora los motivos alegados en la exclusión:

2) Sobre el porcentaje de formación y uniformidad

En este sentido, no podemos obviar que se trata de un contrato que va a ser ejecutado en un período muy corto (15 junio a 7 de noviembre de 2021), e imputar para esos costes la cantidad de 469,31€ por vigilante, se puede considerar más que “suficiente”. La formación por vigilante o mejor dicho los “cursos de actualización y reciclaje”, tienen una duración de 20 horas y carácter anual según el artículo 57 del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y el artículo 7 de la Orden INT/318/2011, de 1 de febrero; por ende, es una formación que no puede imputarse en su totalidad a un solo servicio de duración inferior a un año, y mucho menos dando por hecho que no la han recibido ya.

Al respecto de la uniformidad se entrega a cada vigilante según lo estipulado en convenio estatal de empresas de seguridad cada dos años, en este servicio y para escasos 5 meses se está contemplando un coste de uniformidad de 58,66€ (0,25% de costes personal) por vigilante de seguridad, que igualmente consideramos suficiente y adecuado.

3) Sobre el porcentaje de medios materiales específicos

Nos encontramos en la misma tesitura que en los anteriores, el porcentaje de 0,25% por vigilante de seguridad, le coloca 58,66€ por vigilante que es idóneo si tenemos presente que los medios materiales se encuentran en el stock de la empresa, son medios simples que no precisan de grandes inversiones y con los que ALCOR SEGURIDAD S.L trabaja habitualmente.

Por si esto fuera poco (...) olvida el órgano de contratación, que ha contemplado el abono de los medios materiales utilizados a razón de 0,12€ hora ejecutada una vez se finalice el contrato; por ello, ni siquiera estaríamos obligados a justificar esta partida en nuestra justificación de viabilidad cuando no está incluida dentro de presupuesto y es abonada a posteriori.

4) Sobre el porcentaje de beneficio industrial

(...)Discrepamos de las manifestaciones vertidas en la resolución de exclusión referentes a las consideraciones sobre el porcentaje de beneficio industrial. No corresponde al órgano de contratación entrar a valorar el porcentaje de beneficio industrial de una licitadora, dichas apreciaciones ni entran dentro de sus potestades o ámbito de actuación, ni deberían ser utilizadas como motivación en una resolución de exclusión. Cada mercantil es libre de presentarse a una licitación con la oferta que estime oportuna y a su RIESGO Y VENTURA está sujeta la oferta siempre y cuando se respeten los principios normativos que rijan la contratación en sí”.

El órgano de contratación manifiesta: *“En relación concreta con el acuerdo de exclusión de Alcor por parte del Órgano de contratación de Madrid Destino que es objeto de recurso, cabe alegar y aplicar en todo caso al mismo la autotutela declarativa regulada en el artículo 39.1 de la Ley 39\2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, la “LPAC”), que señala que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.*⁶

En el caso de la gestión del expediente de temeridad, que tuvo como resultado necesario la exclusión de Alcor, Madrid Destino ha cumplido con todas y cada una de las exigencias contenidas tanto en la legislación aplicable, así como en los Pliegos que rigen la contratación, hasta llegar a la conclusión objetiva en todo caso, de que Alcor no ha justificado debidamente el carácter anormal o desproporcionado de su

oferta y que, en consecuencia, se ven comprometidos tanto el óptimo cumplimiento del servicio objeto de contratación como los intereses generales de los que Madrid Destino debe ser garante, así como las obligaciones de diferente naturaleza que Alcor debe acometer”.

Por su parte la adjudicataria considera que: **“1. Alcor Seguridad, S.L.: la unidad técnica competente de Madrid Destino considera, que la mercantil no ha justificado debidamente que la proposición económica presentada –que contiene valores anormales o desproporcionados- sea suficiente para la óptima prestación del servicio de conformidad con las exigencias señaladas en los Pliegos que rigen la contratación. Dicha consideración fue avalada en fecha 26 de mayo por la Mesa de contratación, habiendo acordado el Órgano de contratación la exclusión de la mercantil en esa misma fecha. «La motivación concreta de la exclusión, le es comunicada formalmente a Alcor Seguridad,S.L. con carácter único y particular, a través de la presente notificación. Dicha motivación se acompaña como Anexo a la presente notificación»**

Igualmente y como se refiere, en el anexo a dicha resolución se recoge ampliamente los motivos por los cuales el Órgano de Contratación ha estimado oportuno la no aceptación de la justificación presentada por ALCOR, y por ende, ha procedido a excluirla del procedimiento”.

Tras invocar Resoluciones de distintos Tribunales Especiales en materia de contratación concluye: *“Como hemos hecho referencia previamente la justificación dada y anexada a la resolución del Órgano de Contratación, es profusa, no pudiendo alegar la recurrente que se incide en error o arbitrariedad”.*

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 éstas 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 incurso 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.

Dicho lo anterior corresponde analizar si la motivación de la exclusión de la oferta es adecuada y justificada. En el mismo acuerdo por el que se excluye la oferta de la recurrente se le notifica los motivos de dicha exclusión de forma exhaustiva, justificada y motivada.

Considera dicho informe que la empresa carece de delegación en Madrid, hecho que es comprobado mediante el contrato de arrendamiento que exhibe la licitadora y que se refiere a un local dedicado a oficinas y servicios centrales, no a las instalaciones solicitadas en el PPTP.

En el apartado – Otros Costes- al que destina un 2% no justifica dicha cuantía ni desglosa lo el porcentaje unitario por tipo de coste del total establecido en un 2%. No se sabe que parte del porcentaje va a cada concepto de coste. Solicitada aclaración sobre este punto se aporta por parte de la licitadora una desagregación de costes en los que con 469,31 euros se pretende atender todas las necesidades de formación, medios materiales, uniformidad, gastos estructurales y al coste del absentismo, que es considerado claramente insuficiente.

En cuanto a los materiales específicos solicitados, conforme el número 7 del pliego de prescripciones técnicas, destaca la solicitud de:

“La empresa adjudicataria asume la obligación de costear y aportar a su cargo, desde el momento del inicio del contrato, los medios técnicos que se precisen para la correcta prestación del servicio de seguridad y vigilancia. Con carácter de mínimo obligatorio, se encuentran los siguientes:

- Radiotransmisor y auriculares para cada vigilante que preste el servicio, sin perjuicio de lo establecido como criterio de valoración en el Apartado 19 del Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.*
- Linterna halógena para cada vigilante que preste el servicio.*
- Chaleco numerado (con numeración correlativa y creciente), reflectante para cada vigilante que preste el servicio.*
- Sistemas manuales de control de ocupación.*
- Teléfono móvil que tenga la posibilidad de incluir aplicaciones de control automático de aforo y datos suficientes para el correcto funcionamiento de la de la misma de cara a poder dar cumplimiento a la ocupación prevista en cada espacio”.*

A estos gastos se destina el 0,25% del coste de personal, cantidad que se considera muy por debajo de la que realmente tendrá que destinar para cubrir esta obligación contractual.

Destacan asimismo el escaso porcentaje destinado al absentismo, en concreto, 0,50% sobre coste del personal y no la consideración de gastos por EPI'S y otros gastos de prevención por la pandemia.

En cuanto a la formación, es exigida en el PPTP una formación específica en materia de vigilancia de espectáculos y espacios públicos que no aparece recogida como coste, defendiendo la licitadora que sus empleados reciben la formación precisa a través de su departamento de formación. Comprobado este extremo se confirma que la formación específica requerida no es impartida con el centro de estudios concertado por la licitadora.

Visto y analizado el contenido del acuerdo de exclusión de la empresa Alcor por considerar su oferta temeraria y no justificar su viabilidad 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 desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Alcor Seguridad, S.L. contra el Acuerdo de la presidenta de la mesa de contratación de fecha 2 de junio de 2021 por el que excluye la oferta de la

recurrente y se adjudica el contrato de “Servicio de seguridad y vigilancia “Veranos de la Villa 2021 y Festival de la Luz 2021”, lote 1, promovido por la empresa pública del Ayuntamiento de Madrid, Madrid Destino, número de expediente SP21-00172.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.