

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Samyl Facility Services S.L. e Integración de Actividades de Medio Ambiente, S.L., ambas en compromiso de UTE (en adelante UTE), contra el Acuerdo del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 23 de noviembre de 2022, por el que se excluye la oferta de la recurrente y se adjudica todo ello en relación al lote 2 y 3 del contrato de servicios “limpieza de los edificios adscritos al Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente 300/2022/00415, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE en fecha 2 de agosto y en el perfil de contratante de Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 6.849.389,45 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron 14 licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Antecedentes

Reunida la mesa de contratación con fecha 7 de septiembre de 2022 se procedió a la apertura de los sobres de criterios valorables en cifras o porcentajes de los licitadores que habían resultado admitidos.

Una vez conocidas las ofertas, se procedió por parte de la mesa de contratación a determinar las ofertas que encontraban en baja desproporcionada, resultando que tres de ellas, entre las que se encontraba la recurrente, respondían a esta consideración.

A todas estas empresas se les notificó un requerimiento para la aportación de informe que justificara la viabilidad de su oferta, en el plazo de tres días.

Transcurrido el plazo mencionado para la presentación de la documentación relativa a la justificación de las ofertas, la mesa de contratación, en sesión de 26 de octubre, acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de excluir de la clasificación la oferta presentada por la UTE, para el lote 2 y 3 del contrato, sobre la base del informe motivado de la unidad promotora, acordando su rechazo por considerarla inviable.

Con fecha 23 de noviembre, el órgano de contratación asume la propuesta de la mesa de contratación y excluye a la UTE de la licitación, procediendo a adjudicar el contrato en el lote 2 a Balyma Servicios Integrales S.L. y el lote 3 a Clece S.A.

Tercero.- El 7 de diciembre de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la UTE en el que solicita la anulación de la exclusión de sus ofertas a los lotes 2 y 3 de este contrato, por considerar que han procedido a la justificación la viabilidad de estas.

El 12 de diciembre de 2022 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. Ninguno de los adjudicatarios ha presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas

y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el día 23 de noviembre de 2022 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 7 de diciembre de 2022, 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 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 se basa en la inadmisión de la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por la UTE recurrente sobre los lotes 2 y 3 del contrato.

El recurrente, en relación a ambos lotes, centra su justificación en cuatro apartados:

- Análisis de necesidades de personal para la ejecución efectiva de los trabajadores.
- Coste de productos y consumibles.
- Mejoras ofertadas y oferta técnica control.
- Coste de gastos generales y beneficio industrial.

Incluyendo un cuadro de desglose de gastos, que lleva a admitir por parte del órgano de contratación todas sus justificaciones a excepción de la primera de ellas, es decir, el análisis de necesidades de personal para la ejecución efectiva de los trabajadores.

En este apartado la justificación de su oferta se centra en la cobertura de los turnos en domingo y festivos con personal que tenga jornadas de trabajo más reducidas y aplicación de días libre a cambio de festivos, la cobertura de las sustituciones por absentismo mediante personal de otros destinos para las sustituciones y especialmente en la sustitución de algunas de las personas que actualmente prestan el servicio, al proponer tras la subrogación del personal, el despido con la consiguiente indemnización para aquellas que tengan un contrato indefinido o la no renovación para aquellos trabajadores que tengan contrato temporal, a fin de poder contratar otras personas en condiciones más favorables para la empresa. Manifestando, asimismo, que se contratará personal bonificado y subvencionado a través del CEE de INAMA, utilizando a este personal también para sustituciones por vacaciones.

Añade, asimismo, que se encuentran presupuestados los costes por despido.

En este momento, y centrándonos en el último de los motivos de la justificación de la viabilidad de la oferta, es decir, en el despido de los trabajadores subrogados y la contratación de trabajadores discapacitados hemos de traer a colación el Anexo I apartado 21 del PCAP que establece:

“Condiciones especiales de ejecución. (Cláusulas 11 y 37) - Condición especial de ejecución, de conformidad con el artículo 202.1 LCSP:

De tipo social:

a) La obligación de mantener, durante todo el periodo de ejecución del contrato, a la plantilla que resulte de la obligación de la subrogación de las personas trabajadoras en cualquiera de sus modalidades, sin que proceda suspensión o extinción de los contratos de trabajo salvo las suspensiones extinciones consecuencia

de la voluntad de la persona trabajadora o las que sean consecuencia de despidos disciplinarios. (...)”.

El incumplimiento del PCAP apriorísticamente fue puesto de manifiesto en su momento procesal oportuno a través del informe técnico elaborado al efecto, el cual pone de relieve que si bien en cuanto a la viabilidad de la oferta puede entenderse como justificada de no existir esta condición especial de ejecución. Imponiéndose la prohibición de despidos del personal, no puede admitirse como justificación de la oferta.

A esta evidencia del informe técnico, asumido por la mesa de contratación y posteriormente por el órgano de contratación, el recurrente defiende la viabilidad de su oferta manifestando que nos encontramos en este apartado ante una cláusula especial, que no esencial y, por lo tanto, su incumplimiento no da lugar a la exclusión sino a la imposición de penalidades, tal y como se recoge en la cláusula 11 del PCAP:

“Las condiciones especiales de ejecución para este contrato se indican en el apartado 21 del Anexo I al presente pliego referido a cada lote.

Cuando de conformidad con el apartado 1 del Anexo I al pliego referido a cada lote, se indique que se trata de un contrato cuya ejecución implique la cesión de datos por entidades del sector público al contratista, la condición especial de ejecución obligatoria prevista en el artículo 202.1 LCSP indicada en el apartado 21 del Anexo I al pliego referido a cada lote, tendrá el carácter de obligación contractual esencial de conformidad con lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 LCSP.

Para el caso de incumplimiento del resto de condiciones especiales de ejecución, deberán establecerse penalidades en el apartado 27 del Anexo I al presente pliego referido a cada lote o atribuirles a estas condiciones el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 LCSP.

Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo”.

Añade el recurrente que el apartado 27 del anexo I del PCAP “*determina la penalidad en caso de incumplimiento de obligaciones previstas en los pliegos que, para obligaciones especiales (no esenciales) sería calificada como grave y sancionada con una penalidad de entre el 1,01% y el 5% del precio del contrato (IVA excluido), como también razona el técnico.*

Como podemos observar, en todo momento se califica el posible incumplimiento del apartado 21 anexo I PCAP como una obligación especial, que el propio Pliego prevé sancionar con una penalidad económica (no con la exclusión) de entre un 1,01 y 5% del precio del contrato y, por lo tanto:

a) no es un incumplimiento de una obligación principal, puesto que de otra forma implicaría la resolución del contrato y no una penalidad que permite, tras su abono, continuar en el mismo.

b) no es tampoco una obligación esencial, puesto que debe calificarse como tal “de forma precisa, clara e inequívoca en los pliegos” como se exige en el 211 f) LCSP

En consecuencia, al no ser una obligación esencial, no puede sancionarse con la exclusión a una licitadora que no observe en su propuesta la previsión del apartado 21 anexo I PCAP, puesto que los propios Pliegos salvan la legalidad de esta actuación indicando que el contratista podrá continuar en la ejecución de este contrato, previa minoración de la penalidad impuesta entre el 1,01 y el 5% del precio del contrato, lo que es incompatible con la exclusión propuesta”.

A estas alegaciones el órgano de contratación manifiesta que “*el apartado 21 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato establece como condición especial de ejecución de tipo social de conformidad con el artículo 202.1 LCSP:*

a) La obligación de mantener, durante todo el periodo de ejecución del contrato, a la plantilla que resulte de la obligación de la subrogación de las personas trabajadoras en cualquiera de sus modalidades, sin que proceda suspensión o extinción de los contratos de trabajo salvo las suspensiones extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora o las que sean consecuencia de despidos disciplinarios.

Por lo tanto, este argumento no puede ser tenido en cuenta por el órgano de contratación puesto que se basa en la no asunción de una condición especial de ejecución que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares en su apartado 27 del Anexo I considera un incumplimiento grave, con una penalidad de entre el 1,01% y el 5% del precio del contrato (IVA excluido)”.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación, *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”*, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que *“la oferta no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta 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 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.

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.

En el caso que nos ocupa, existe en el PCAP una condición especial de ejecución que prohíbe el despido del personal subrogado salvo en el caso de despidos disciplinarios y junto a este requisito encontramos una oferta que se elabora contando ya con los costes de la no asunción de la cláusula referida en una vulneración innegable de lo establecido en el artículo 139.1 de la LCSP “*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna(...)*”.

Observamos que la norma es clara al respecto, sin hacer distinción entre condiciones esenciales y especiales, diferenciación utilizada por el recurrente con la que este Tribunal no está de acuerdo pero que es indiferente al caso que nos trae.

Como es sabido, los pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

En este caso, especialmente, la no aceptación total de las reglas establecidas en los pliegos de condiciones, vulnera de forma directa el principio de igualdad al presentar el resto de licitadores sus ofertas en base a todos los requisitos y condiciones exigidos en los pliegos.

Según establece el Considerando 104 de la Directiva 2014/24/UE: *“El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios de adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer la evaluación comparativa de la calidad de las ofertas las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas (...)”*.

Por lo tanto, menos aún cabe alterarlas a priori, aceptando las penalidades económicas que puedan derivarse de la inobservancia de una cláusula o apartado de esta, al considerar más rentable su coste que su admisión.

A mayor abundamiento el artículo 149.4 establece *“Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”*.

Circunstancia que observamos en este caso pues la justificación se basa, en su parte más importante, en la inobservancia a priori de una cláusula del PCAP que ha admitido con la sola presentación de su oferta y la ausencia de impugnación de los pliegos de condiciones.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación, de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en este apartado, ni en el recurso planteado, se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe 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 Samyl Facility Services, S.L. e Integración de Actividades de Medio Ambiente, S.L., ambas en compromiso de UTE, contra el Acuerdo del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 23 de noviembre de 2022, por el que se excluye la oferta de la recurrente y se adjudica todo ello en relación al lote 2 y 3 del contrato de

servicios “limpieza de los edificios adscritos al Área de Gobierno de Familias, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid”, número de expediente 300/2022/00415.

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 penalidad 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.