

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

En Madrid, a 8 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don V.P.S., en nombre y representación de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., contra la adjudicación del lote 3 del contrato “Servicio de Ayuda a Domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario”, número de expediente: 171/2016/00043, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Boletín Oficial del Estado de 15 de abril de 2016, se publicó anuncio de licitación relativo al procedimiento de adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado “Servicio de ayuda a domicilio, en la modalidad de auxiliar domiciliario”, a adjudicar por procedimiento abierto, tramitación de urgencia, con pluralidad de criterios de adjudicación, dividido en tres lotes. El presupuesto base de licitación asciende a 490.003.651 euros y el valor estimado a 1.252.962.126,43 euros.

Segundo.- La adjudicación del contrato, se acuerda por el órgano de contratación, mediante Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 24 de junio de 2016. Las notificaciones de adjudicación del contrato, en sus tres lotes, se remiten a los licitadores, mediante fax, el mismo día 24.

El día 27 de junio de 2016, tuvo entrada, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de Eulen que fue resuelto mediante Resolución 129/2016, de 30 de junio, estimando el recurso *“(...) en cuanto a la calificación del contrato y la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación”*.

Tercero.- El 12 de julio de 2016, Eulen Servicios Sociosanitarios presenta recurso especial en materia de contratación contra la Resolución por la que se adjudica el contrato. En primer lugar pretende la exclusión de la oferta de la adjudicataria o la reducción de la puntuación obtenida por ésta, de manera que no resulte la oferta mejor valorada. Ahora bien, si el pliego no permite efectuar una interpretación como la que se postula en el recurso, considera que no queda otro remedio que anular la convocatoria. En consecuencia solicita que se:

- “1. Excluya la oferta de la adjudicataria.*
- 2. Subsidiariamente, tenga por retirada la oferta de la adjudicataria.*
- 3. Deje sin efecto la valoración otorgada a la adjudicataria en los apartados 1.3 y 1.1 de los criterios de valoración en los términos recogidos en el cuerpo de este escrito y ordene al órgano de contratación efectuar una nueva propuesta en los términos que resulten de la nueva valoración,*
- 4. En último término y solo para el caso de que no fueran estimadas las anteriores pretensiones, anule el procedimiento de licitación”*.

Mediante otrosí solicita que se le conceda vista de la documentación presentada por Valoriza para justificar su solvencia y del proyecto de explotación que dicha sociedad acompañó a su oferta.

El 18 de julio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El día 18 de julio de 2016, tiene entrada, escrito suscrito en nombre y representación de Eulen, en el que a la vista del expediente que ha tenido lugar en trámite de alegaciones al recurso formulado por UGT, contra el mismo acto, formula alegaciones “(...) *complementarias del recurso especial formulado*” y reitera cuál es su pretensión principal de exclusión de la adjudicataria, y su pretensión subsidiaria, en caso de no prosperar la principal, de anulación de todo el procedimiento contractual.

Mediante Acuerdo de 27 de julio este Tribunal reconoció a Eulen Servicios Sociosanitarios el derecho al examen de la documentación aportada por Valoriza Servicios a la Dependencia para acreditar su capacidad y solvencia en la sede del Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 16.2 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante RPER).

Una vez puesto de manifiesto el expediente Eulen Servicios Sociosanitarios procedió a la ampliación del recurso el 4 de agosto, habiéndose dado traslado del mismo tanto al órgano de contratación como al resto de interesados.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de Valoriza Servicios a la Dependencia, solicitando la inadmisión y oponiéndose al recurso en base a los argumentos que serán tenidos en

cuenta al analizar el fondo del recurso. También solicita la imposición de una sanción a la entidad Eulen por la mala fe y fraude procesal en la interposición del recurso por entender que solo pretende dilatar y extender el proceso de licitación.

Asimismo Valoriza Servicios a la Dependencia ha presentado alegaciones a la ampliación del recurso el 12 de agosto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Cuando se formula el recurso el día 12 de julio de 2016 el contrato ya estaba formalizado y, efectivamente, en fase de ejecución. La formalización así realizada se produce sin respetar el plazo suspensivo de 15 días hábiles para la interposición del recurso que, con carácter general, se exige por el artículo 156 del TRLCSP porque de acuerdo con la calificación del contrato como gestión de servicios públicos dicho plazo suspensivo no es aplicable. Existe, en realidad, un conflicto entre la facultad de órgano de contratación de no esperar el plazo de 15 días para formalizar el contrato en el caso de contratos calificados como no armonizados o gestión de servicios públicos y el derecho de los interesados a formular el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, precisamente, en el mismo plazo de 15 días aún en el supuesto de errónea calificación. La solución a este conflicto no puede quedar exclusivamente en el ámbito de la decisión administrativa de formalización del contrato, que vaciaría de contenido el derecho a formular recurso especial por los interesados difiriéndoles únicamente al planteamiento de cuestión de nulidad, con alcance más limitado.

La calificación del contrato y la competencia del Tribunal para resolver el presente recurso fueron objeto de análisis en la Resolución 129/2016, de 30 de junio, con ocasión de otro recurso interpuesto contra en este mismo procedimiento que reconoció a Eulen la posibilidad de interponer recurso especial.

Segundo.- La recurrente está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 42 del TRLCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, al haber sido licitadora del procedimiento, resultar clasificada en segundo lugar y manifestar su interés en la adjudicación del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El órgano de contratación notificó mediante fax la Resolución que se impugna, el día 24 de junio, por lo que el último día para proceder a la presentación del recurso especial finalizaba el día 12 de julio.

Conforme al apartado tercero del artículo 44.3 del TRLCSP *“la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”*.

Eulen procedió el día 12 a remitir al Tribunal un correo electrónico conteniendo el recurso objeto de esta Resolución. El mismo día procedió a presentarlo en Correos, siendo recibido este último el 14 de julio.

Opone Valoriza, en el trámite de alegaciones, la extemporaneidad del recurso en base a que fue presentado el día 12, por correo electrónico, a las 21 horas y considera que no pudo tener entrada en sede del Tribunal o del órgano de contratación hasta el día siguiente, 13, de manera por tanto extemporánea. Considera Valoriza que dada la hora de presentación del último día, nunca y en ningún caso habría alguien en el Tribunal o en el Órgano de Contratación para la recepción de la copia, por lo que resulta evidente que la misma no pudo ser, en ningún caso, recepcionada hasta el día siguiente, por lo que ya se encontraba fuera de plazo.

Brevemente cabe recordar que es criterio de este Tribunal, aceptar la presentación del recurso por medios telemáticos o electrónicos.

Este criterio viene manifestado de forma expresa tanto en la Resolución 2/2015, de 16 de octubre, de la Presidenta del Tribunal, por la que se dispone dar publicidad a los criterios doctrinales afectados por la entrada en vigor del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, como en la Guía informativa sobre regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y los procedimientos de revisión en materia contractual seguidos ante el mismo, adoptada en virtud de Resolución 1/2016, de la Presidenta del Tribunal, y publicadas ambas en la página web del Tribunal.

El artículo 18 del RPER regula el supuesto y la interpretación anterior estableciendo que *“La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda.*

No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia”.

Cuando el artículo 18 del RPER, relativo al lugar de presentación del recurso especial en materia de contratación, permite la presentación en oficinas de correos o en cualquier registro distinto al del órgano de contratación o del órgano encargado de la resolución advierte que la presentación no interrumpe el plazo y el recurso se entenderá interpuesto cuando entre en cualquiera de dichos órganos. No obstante cuando el mismo día se remita bien al órgano de contratación o al órgano encargado

de la resolución del recurso copia del escrito en formato electrónico, se considera como fecha de entrada del recurso, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia en formato electrónico. Esta regulación sustenta el criterio mantenido por este Tribunal de aceptar como *dies ad quem* la fecha de entrada del formato electrónico aunque la recepción del escrito de recurso sea posterior. No procede aquí, como pretende la recurrente hacer distinción entre la fecha de entrada y la de recepción. Esta es la regla que se aplica en la entrada en los registros electrónicos y también cuando el plazo de presentación finaliza en sábado y el correo se abre el lunes.

En consecuencia, la interposición se ha efectuado el 12 de julio de 2016, y fue recibida por correo electrónico en sede del Tribunal dentro del plazo concedido a tales efectos, cumpliendo con lo preceptuado en el artículo 44 TRLCSP.

Por otro lado, el día 18 de julio de 2016, tiene entrada, escrito suscrito en nombre y representación de Eulen, en el que a la vista del expediente que ha tenido lugar en trámite de alegaciones al recurso presentado por UGT, formula alegaciones complementarias del recurso especial. Afirma, en síntesis, que las alegaciones han de ser tenidas en cuenta, dado que no son extemporáneas, por no haber expirado aún el plazo para formular recurso especial, “(...) *que ha quedado en suspenso desde que mi representada solicitó acceder al expediente (27 de junio) hasta que se le otorgó dicho trámite (7 de julio)*”.

Alega Eulen argumentos derivados de la doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial que ya no están en vigor al ser previos al desarrollo reglamentario de la tramitación del recurso, pues tal como establece el artículo 16.2 del RPER, relativo al derecho de acceso al expediente para formular un recurso fundado:

“2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior [derecho de acceso al expediente] por el órgano de contratación no eximirá a los interesados

de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.4 del presente reglamento”.

El plazo para presentar el recurso nunca resultó suspendido ni de forma expresa ni de forma tácita. La propia Resolución 129/2016, por la que este Tribunal reconoció la posibilidad de formular recurso contra la decisión de adjudicación de este contrato indicaba la posibilidad de interposición dentro del plazo legal y así lo entendió la recurrente que lo presentó, como hemos visto más arriba, el último día de los 15 hábiles con que contaba.

No cabe, por tanto, realizar alegaciones complementarias al recurso con motivo del acceso al expediente en fase de alegaciones al otro recurso interpuesto contra la misma adjudicación por UGT, posteriores al plazo de presentación del recurso especial debiendo ser inadmitido el escrito de alegaciones presentado el 18 de julio.

Finalmente cabe examinar la presentación del escrito de ampliación del recurso dentro del plazo concedido al efecto una vez reconocido el derecho de acceso a parte del expediente de contratación en sede del Tribunal. Dicho derecho fue reconocido mediante Resolución de fecha 27 de julio, notificada el 1 de agosto y el escrito de ampliación fue presentado el 4 de agosto, por tanto dentro del plazo de cinco días concedido.

Cuarto.- Tal como ya concluyó este Tribunal en su Resolución 129/2016, de 30 de junio, procede la recalificación del contrato como de servicios, siendo susceptible de recurso especial en materia de contratación.

El recurrente interpone el recurso tanto frente a la adjudicación del lote 3 como contra el PCAP. El acto de adjudicación es susceptible de recurso tal como ya analizó el Tribunal en la mencionada Resolución 129/2016.

Por otro lado se pretende la nulidad del PCAP en base a la calificación del contrato, alegando contra el nivel de solvencia económico financiera exigido, que no se otorga la máxima puntuación económica a ninguna oferta que no haga una bajada igual o superior al 7% cuando el beneficio previsto en el proyecto de explotación es del 5,5% y una bajada superior supondría pérdidas, que la comprobación de las ofertas anormales o desproporcionadas no puede efectuarse pues requiere una bajada del 10% y ello no es viable, por lo que considera que en este caso concurren los requisitos para la impugnación indirecta del pliego, toda vez que se trata de un supuesto de nulidad absoluta, no remediable de otro modo, que afecta a los criterios de adjudicación y que permite un comportamiento arbitrario de la Administración que podría o no admitir ofertas inviables, si no se otorga carácter imperativo al apartado 23 del Anexo I al pliego.

Tal como sostiene la doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, la participación en la licitación sin haber impugnado los pliegos rectores de la misma supone su aceptación incondicional (artículo 145 del TRLCSP) y los pliegos se erigen en ley del contrato incluso cuando concorra un supuesto de nulidad de pleno derecho no hecho valer en plazo. Excepcionalmente se admite el recurso indirecto contra los pliegos al recurrir la adjudicación cuando la aplicación de lo dispuesto en ellos conduce a un acto de aplicación nulo porque permita un trato desigual o discriminatorio siempre que no fuera apreciable por un licitador diligente. En este sentido se pronuncia la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, eVigilo Ltd, dictada en el asunto C-538/13.

Aunque es cierto, como alega Eulen que el anuncio de convocatoria no informaba del recurso adecuado por haber sido calificado como gestión de servicios públicos, eso no reabre el plazo de interposición, pues aun siendo una notificación

defectuosa, la licitadora ahora recurrente se pudo oponer al contenido del PCAP a través del recurso considerado procedente de acuerdo con la calificación otorgada por el órgano de contratación o con la calificación defendida por Eulen y no lo hizo en el plazo de ninguno de los casos. Ni se interpuso recurso especial, de considerarlo procedente, como lo ha hecho contra la adjudicación, ni se interpuso recurso administrativo ordinario, ni el jurisdiccional contencioso administrativo.

Si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por la adjudicación, que obviamente, pretendía. El sometimiento del recurso especial contra los pliegos a plazo es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Tal como sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus Sentencias 232, de 14 de mayo de 2015 y 118, de 5 de mayo de 2016, *“el recurso contra los pliegos y el recurso contra la adjudicación no se solapan ni se interrelacionan, constituyendo recursos perfectamente diferenciados, con lo que , ni siquiera, puede considerarse que los pliegos o determinadas cláusulas de los mismos que no han sido impugnados en su momento y que, en consecuencia, han sido consentidos y firmes por no haber sido recurridos en tiempo, puedan ser indirecta o instrumentalmente valorados y afectados por el pronunciamiento de un recurso especial promovido contra la adjudicación”*.

Resulta extemporánea la posibilidad de recurso contra los pliegos en el momento actual del procedimiento de licitación, ni directa ni indirectamente ya sea

contra la regulación de la solvencia, la regulación de las ofertas anormales o desproporcionadas o la puntuación otorgable en los criterios de adjudicación.

Quinto.- El primer motivo de recurso alega que la oferta de Valoriza Servicios a la Dependencia no permite el cumplimiento de las obligaciones laborales puesto que el precio ofertado no alcanza a cubrir los costes laborales. Aplicando el proyecto de explotación que el Ayuntamiento incluye en el expediente a los precios ofertados por Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L., obtiene la recurrente el siguiente resultado:

| | AÑO 1 | AÑO 2 | AÑO 3 |
|-------------------------------------|----------------|----------------|----------------|
| PRECIO HORA LABORABLE | 15,15 € | 15,15 € | 15,15 € |
| PRECIO HORA FESTIVA | 18,20 € | 18,20 € | 18,20 € |
| HORAS LABORABLES | 3.056.977,73 | 3.217.973,86 | 3.372.996,99 |
| HORAS FESTIVAS | 94.545,70 | 99.524,96 | 104.319,49 |
| INGRESOS | 48.033.944,35€ | 50.563.658,25€ | 52.999.519,12€ |
| COSTES LABORALES SEGÚN AYUNTAMIENTO | 49.071.371,00€ | 52.164.439,00€ | 55.217.381,00€ |
| DIFERENCIA | -1.037.426,65€ | -1.600.780,75€ | -2.217.861,88€ |

Argumenta la recurrente que los costes laborales son los más importantes del servicio, pero no los únicos. A los costes contemplados por el Ayuntamiento, más los que resultan de las mejoras habría que añadir los correspondientes a las distintas soluciones técnicas aportadas por la adjudicataria en su oferta. Por último, para apreciar la viabilidad y consistencia de la oferta habría que tener en cuenta la solvencia de la empresa en relación con la oferta presentada, tal y como expresamente prevé el artículo 85.6 del RD 1098/2001. Afirma la recurrente que una empresa del tamaño de Valoriza Servicios a la Dependencia, (cuyo volumen de facturación anual no alcanza el del contrato que nos ocupa) difícilmente puede asumir las pérdidas que este contrato le va a generar. Siendo evidente que la oferta de la adjudicataria no permite cumplir las obligaciones laborales y sociales, debe ser

rechazada en aplicación de la normativa comunitaria que obliga a los poderes adjudicadores a rechazar las ofertas que no cumplen las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2. El artículo 18 de la Directiva 201/24/UE obliga a excluir (sean o no anormales o desproporcionadas) las ofertas que no cubren los costes salariales.

Afirma el órgano de contratación, en su informe al recurso, que aún sin haberse producido la calificación de oferta desproporcionada, se ha valorado en este caso, dadas las características del servicio, el tipo de usuarios atendidos y la magnitud económica del contrato, la capacidad de la entidad adjudicataria, para ejecutar el contrato correctamente, con la oferta realizada, y los costes inherentes a la misma, y se ha comprobado que se pueden asumir los costes del personal a subrogar, así como contratar al personal necesario para los incrementos de servicios previstos en el contrato. Se plantea, en el recurso presentado, que Valoriza no puede asumir, con los ingresos generados en la ejecución del contrato, los costes del personal a subrogar. Realizadas las comprobaciones rigurosamente, se considera viable la asunción de los costes (plantilla a subrogar, con todos los costes inherentes a la gestión del contrato, como el coste del tiempo de desplazamiento entre domicilios, el coste de absentismo, el coste de la representación sindical, etc.), que ya tenía contabilizados Eulen en el coste comunicado en el listado del personal a subrogar, y los costes de incremento de personal, que contiene el propio contrato, así como las mejoras adicionales presentadas por Valoriza en su oferta. Dada la red tan amplia de domicilios, a los que se presta servicio, se dan casos en los que un mismo auxiliar presta sus servicios en diez o doce números de la misma calle. Por tanto, esos tiempos se pueden minimizar y dejar en una cifra muy reducida. Por su propio interés, las entidades optimizan los tiempos de desplazamiento, y es de suponer que la entidad adjudicataria del contrato lo realizará con aplicación de criterios de eficacia y eficiencia. El recurrente señala unos costes adicionales que, en muchos casos, forman parte de una forma de gestión del servicio que toda empresa debe definir y que, en la mayoría de los casos, son costes alternativos

inherentes a un modelo de gestión, que suponen sustitución de costes y no incremento de los mismos.

Valoriza en su escrito de alegaciones manifiesta que lo que hace la recurrente es tomar como referencia el Proyecto de Explotación contenido en los Pliegos, donde la Administración realiza un análisis de los costes del contrato de manera puramente teórica y con los datos de que esta disponía. Los datos disponibles por la Administración no son reales, simplemente se deben a estimaciones. Si los Proyectos de Explotación coincidieran con la realidad, nada tendrían que hacer los contratistas en sus ofertas más que copiarlos. Pero la realidad es otra. Son las licitadoras con su experiencia, gestión y ahorros de costes, las que deberán desarrollar la explotación económica del contrato en sus ofertas. La configuración del servicio no la realiza el Ayuntamiento, la realizan los licitadores. Éstos son los que proponen la forma y manera en que se gestionará. Pone en evidencia que el precio de Eulen por la hora festiva es más bajo que el de la hora laborable, habiendo realizado en su oferta una baja económica del 24,98% del precio fijado en los pliegos para la hora festiva. Además realiza una baja económica traspasando las diez unidades porcentuales de la media de las bajas ofertadas. Afirma en el escrito de alegaciones que el listado de subrogación contiene a treinta y cuatro personas, que se encuentran en excedencia o incapacidad permanente, por lo que no representa coste alguno para la explotación del servicio. No se ha tenido en cuenta que, encontrándose de baja 135 trabajadores por un periodo de más de 21 días, el pago diferido de las cuotas de Seguridad Social, (la cantidad que la empresa se descuenta de las cargas sociales a su costa, por estas bajas prolongadas), cuyo ahorro/importe podría alcanzar algo más de ochocientos mil euros.

Continua indicando que ese error de partida entra en contradicción con el propio Proyecto de Explotación presentado por Eulen que incluye los siguientes costes de personal:

1º año: 45.175.517 euros

2º año: 50.916.727 euros

3º año: 53.532.928 euros

Los costes de personal presentados en el Proyecto de Explotación de Eulen no son iguales a los deducidos para Valoriza: si, como parece afirmar el recurrente, los criterios de fijación de costes fueran tan evidentes, no se producirían las discrepancias que se pueden observar, del mismo modo, en los Proyectos de Explotación presentados por el resto de los licitadores al Lote 3.

Considera el Tribunal que no se prueba que el precio ofertado por Valoriza no alcanza a cubrir los costes laborales. Por otro lado, el PCAP no establece un límite a partir del cual se pierde dinero. La elaboración por el Ayuntamiento de un proyecto de explotación parte de unos supuestos de gestión que no deben coincidir con los mismos supuestos de los licitadores. De lo contrario no se admitiría baja sobre el importe calculado.

El hecho de que los costes contenidos en los Proyectos de Explotación sean distintos, en cada uno de los cuatro licitadores, entra dentro de la lógica de estructura de costes de las entidades, y puede deberse a la optimización de los tiempos de desplazamiento de los auxiliares, aplicación de bonificaciones, en su caso, en las cotizaciones a la Seguridad Social, etc. Todo ello, sin menoscabo del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el convenio laboral vigente para el personal subrogado y las nuevas contrataciones de personal.

Por ello, la consecuencia de que los costes de personal presentados por un licitador sean inferiores a los establecidos en el Proyecto de Explotación que rige la licitación, no puede, ni debe, ser la exclusión automática de la oferta presentada. Estas consideraciones se pueden hacer extensivas, con mayor amplitud si cabe, al resto de los costes de explotación como arrendamientos de edificios, reparaciones, gastos de teléfono, gastos estructurales, etc.

El proceso de elaboración de un Proyecto de Explotación se basa en costes estimados, en los que el resultado del proyecto permita asumir los gastos que el adjudicatario del contrato tiene que soportar en la ejecución del mismo. A partir de ahí, son los licitadores los que han de concretar su Proyecto de Explotación, desde su experiencia en contratos similares, su estructura de costes empresariales y su capacidad para ejecutar el contrato de forma eficiente.

El planteamiento del recurrente considera que lo definido en el proyecto de explotación no pudiera ser objeto de adaptación por parte de los licitadores en sus ofertas, adaptación que, obviamente, habrá de llevarse a cabo respetando siempre las condiciones del personal a subrogar, así como las obligaciones atinentes a cualquier empresario, relacionadas con el cumplimiento del Derecho Laboral.

En cuanto al efecto directo en la aplicación de la Directiva 2014/24/UE, la licitación del contrato que nos ocupa, fue publicada el 15 de abril de 2016, siendo el plazo de transposición de la Directiva el 18 de abril de 2016. Por ello, no había vencido aún el plazo de transposición, en aplicación de la Disposición Transitoria Primera del TRLCSP. Así se recoge expresamente en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de Contratación Pública, de 15 de marzo de 2016 (apartado 4). Por ello el pretendido efecto directo del artículo 18 de la Directiva, invocado por la recurrente, carece de virtualidad en este caso.

Este Tribunal ya ha declarado en su Resolución 24/2016 que la Directiva 24/2014/UE debía ser tenida en cuenta a efectos interpretativos:

“La Directiva 24/2014/UE, en vigor, pero cuyo periodo de transposición vencerá el próximo 18 de abril, aplicable a efectos interpretativos en cuanto no se oponga al TRLCSP, en su artículo 18 establece como principio general aplicable a la contratación pública que “los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos, cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social

o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por la disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”“.

El considerando 37 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, expone:

“En aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión”.

Por otro lado en el Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016, de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública (“Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”), respecto del artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE afirma: *“Cabe señalar respecto de su apartado 2 que dado que recoge principios generales, y que la efectiva aplicación de los mismos exige un desarrollo de cómo velar por el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia social, laboral o medioambiental a las que se refiere “Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral (...)”, carece de efecto directo. No obstante aunque pudiera carecer de efecto directo por ser cometido de cada Estado las concretas medidas a establecer, el precepto sí despliega efectos por interconexión con otros preceptos de la Directiva, como por ejemplo, el artículo 69, que establece la*

obligación para los poderes adjudicadores de rechazar la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18.2”.

En consecuencia, ni el artículo mencionado resulta de aplicación ni tampoco de modo interpretativo puede suponer la exclusión de la oferta adjudicataria, puesto que no se ha probado que en la ejecución del contrato se vaya a producir incumplimiento de la normativa social o laboral aplicable.

Por tanto procede la desestimación de este motivo de recurso.

Sexto.- Además de lo anterior, considera la recurrente que el propio PCAP ha reservado a la Administración la facultad de comprobar la viabilidad de las ofertas al obligar a los licitadores a incluir en su oferta:

“23.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación.

(...)

Sobre de criterios valorables en cifras o porcentajes:

(...)

Proyecto de explotación en el que se expliquen los cálculos, con el detalle de cada uno de los gastos expresados en cifras, que permiten concluir que es viable económicamente para la entidad asumir las obligaciones establecidas por la administración con el precio ofertado”.

Se trata pues de un control *ex ante* y al margen del previsto para el control de las ofertas anormales y desproporcionadas que, obviamente, ha de producir los efectos que le son propios. Evidentemente, si la oferta es inviable, habrá de ser excluida ya sea por aplicación del propio pliego, del artículo 84 del RD 1098/2001 o de los principios recogidos en las Directivas comunitarias. Al tratarse de una norma especial contenida en el pliego, debe desplazar al régimen especial establecido para las ofertas anormales y desproporcionadas.

Según la recurrente, la oferta de Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. debe ser excluida por aplicación del artículo 84 del RD 1098/2001. El citado precepto, permite a la Administración excluir las ofertas que no guarden concordancia con la documentación examinada o que resulten inconsistentes o inviables:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada”.

Afirma la recurrente que una oferta que no cubre los costes recogidos en el pliego (aceptado incondicionalmente por todos los licitadores) y que no alcanza siquiera a cubrir los costes laborales, es inviable, inconsistente, no guarda relación con el proyecto de explotación del servicio, ni con el diseño del servicio que recoge el pliego que exige unos ratios mínimos que no pueden ser cubiertos con la oferta de Valoriza. Agravan la inconsistencia de la proposición de Valoriza y su discordancia con su propia propuesta el hecho de que dicho licitador haya ofertado como mejora el incremento en el ratio de personal y, singularmente, el compromiso (valorado con 3 puntos) establecido en el criterio 3 del apartado 18 del Anexo 1 de mantener al personal exigido en el pliego de prescripciones técnicas, tanto como consecuencia de la subrogación de las personas trabajadoras en cualquiera de sus modalidades, como por la definición de las condiciones exigidas por el órgano gestor para la prestación del servicio, en las mismas condiciones contenidas en su contrato de trabajo.

Del contenido del PCAP resulta evidente que la exigencia de presentación de un Proyecto de explotación tiene por objeto explicar los cálculos, con el detalle de cada uno de los gastos expresados en cifras, que permita concluir que es viable económicamente para la entidad asumir las obligaciones establecidas por la

administración con el precio ofertado. Por tanto el análisis de dicho proyecto además de comprobar su adecuación a las condiciones técnicas de ejecución debe incluir también la confirmación de su viabilidad y en caso contrario debe producirse el rechazo de la oferta. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, afirma el órgano de contratación que se ha realizado tal valoración y comprobación concluyendo la viabilidad de la misma, sin que, por lo argumentado en el fundamento de derecho anterior en relación a la suficiencia del importe para cumplir las obligaciones laborales, se pueda concluir lo contrario ni lo argumentado en el recurso lo desvirtúe o pruebe lo contrario.

Séptimo.- Considera la recurrente que la oferta de Valoriza debe entenderse retirada ex artículo 151.2 del TRLCSP (o subsidiariamente debe ser excluida) por incumplir las previsiones del pliego en materia de seguros.

La cláusula 10 del PCAP, en relación a la documentación que debe presentar el propuesto como adjudicatario prevé: *“Asimismo, deberá presentar, en su caso, la constitución de la garantía definitiva, el pago del anuncio o anuncios de licitación y la suscripción de las pólizas que se indican en el apartado 16 del Anexo I al presente pliego”, que exige disponer “con anterioridad a la adjudicación de una póliza de seguro de responsabilidad civil por importe mínimo de 600.000 euros por siniestro y año, para la cobertura de las posibles responsabilidades de todo tipo en que pudiera incurrir el adjudicatario, resultantes de la actividad de la entidad adjudicataria, frente a terceros. En el objeto de aseguramiento se deberá identificar suficientemente que se encuentran incluidas las actividades objeto del contrato. Se admitirán pólizas con franquicia con un límite máximo de 300 euros. En los supuestos de daños por debajo de la franquicia deberá responder el adjudicatario en los términos previstos en el TRLCSP. Momento de entrega de las pólizas: Previa a la adjudicación del contrato”.*

La adjudicación del contrato, se acuerda por el órgano de contratación, mediante Decreto de fecha 24 de junio de 2016. En el informe de fiscalización, emitido por la Intervención Delegada, consta lo siguiente:

“Respecto a la entidad propuesta para la adjudicación del lote 3, se aporta al expediente una fotocopia sin cotejar de un certificado de seguro de responsabilidad civil en el que el Tomador del Seguro es Sacyr, S.A. En dicho certificado se indica que se encuentra garantizada la Responsabilidad Civil que le sea exigible a Valoriza Servicios a la Dependencia por la responsabilidad que le pueda ser exigible por el presente contrato. No obstante, la póliza no se ha entregado, siendo este requisito de obligado cumplimiento para la adjudicación. Dado que según dicho certificado, el vencimiento de la póliza es previo al inicio de la prestación, esto es, de fecha 30 de junio de 2016, se advierte que deberá mantenerse la vigencia del seguro exigido en el apartado 15 del anexo I del PCAP durante la vigencia del contrato”. Valoriza procedió, en fecha 24 de junio de 2016, a aportar, ante el Servicio de Contratación del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo, el certificado de la póliza de seguro de responsabilidad civil y su recibo, así como compulsas de la póliza de seguros completa.

Afirma la recurrente que la adjudicataria aportó, en un primer momento, un certificado de la existencia de un seguro y que se constata que el seguro vence el 30 de junio y que la entidad propuesta como adjudicataria no había aportado la póliza. En las condiciones particulares de dicha póliza consta una franquicia de 6.000 euros para daños materiales y otra de 30.000 euros para perjuicios patrimoniales. Ambas superan con mucho el límite de 300 euros que preveía el pliego. La consecuencia no puede ser otra que la exclusión (o tener por retirada la oferta ex artículo 151.2 del TRLCSP), pues se trata de un requisito previo a la adjudicación y ya se había otorgado un trámite para subsanar.

Consta en el expediente administrativo la citada póliza de seguros, suscrita con Allianz Global Corporate & Speciality SE, Sucursal en España (en adelante Allianz), donde se recogen los importes de franquicias citados por la recurrente.

Asimismo consta en el expediente, un certificado de Allianz, de fecha 24 de junio de 2016, en el que literalmente se dice: *“En particular; se encuentra*

garantizada la Responsabilidad Civil que le sea exigible a VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L., por la responsabilidad que le pueda ser exigible en caso de resultar adjudicataria del contrato de gestión de servicios públicos denominado “SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO, EN LA MODALIDAD DE AUXILIAR DOMICILIARIO. LOTE 3. Nº EXP.: 171/2016/00043” con franquicia de límite máximo de 300 €, en las condiciones, límites y términos contratados en póliza”.

Según el escrito de alegaciones de Valoriza el grupo empresarial dispone de una “póliza paraguas” con unas condiciones generales concretas y para cada contrato se expiden unas condiciones particulares que son las que marcan y concretan dichas condiciones y son la que refleja el certificado presentado. Eulen se centra en las condiciones generales de la póliza y obvia las condiciones particulares.

En consecuencia, advertida la insuficiencia de lo aportado en un primer momento, se ha concedido un trámite de subsanación para aportar la póliza y la documentación aportada cumple los requisitos del pliego en cuanto a vigencia y límites de la franquicia.

Octavo.- Según el siguiente motivo de recurso, la oferta de Valoriza debe ser excluida por no justificar que dispone los medios materiales comprometidos. Así, declara contar con todos los medios materiales entre los que se encuentra la aplicación GESAD. La Administración autoriza por medio del documento de 27 de junio de 2016 que la adjudicataria subcontrate con otro proveedor informático la prestación de servicios informáticos. Lo que evidencia a juicio de la recurrente que, ni contaba antes de la adjudicación con los medios materiales necesarios (como indebidamente declaró) ni la aplicación ofertada en su día (GESAD) es apta para la prestación del servicio.

En la parte “general” de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, declarados de general aplicación en el Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos, mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Economía y

Hacienda de fecha 29 de abril de 2016, figuran una serie de prescripciones que, en el Anexo I de cada PCAP, pueden, o no, materializarse como exigencia. Tal es el caso que nos ocupa. El Anexo I del PCAP del contrato no contempla la exigencia de adscripción de medios materiales o personales, del artículo 64.2 del TRLCSP, y ello por cuanto ese artículo habilita al órgano de contratación, pero no obliga: de ahí la redacción de la mencionada Cláusula 10 del PCAP, cuando afirma “(...) *así como, en su caso, cualquier otro documento acreditativo de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, conforme al artículo 64.2 del TRLCSP*”.

El Anexo I del PCAP no contempla la exigencia de adscripción de medios personales o materiales a que se refiere el artículo 64.2. Interpretándolo así, en el requerimiento dirigido al propuesto como adjudicatario para aportar la documentación previa obligatoria a la adjudicación exigida por el artículo 151.2, ninguna mención contenía al respecto.

Lo argumentado por el recurrente en esta alegación, al respecto de la aplicación GESAD, se debe encuadrar no en el cumplimiento del artículo 64.2 del TRLCSP, sino con la obligación exigida en el apartado 2.2 del PPT, epígrafe 16), que dispone:

“2.2. OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ADJUDICATARIA

16) Disponer de un sistema informático que recoja datos de la gestión del servicio y de las incidencias producidas. Este sistema deberá garantizar la inmediata transmisión de información al Ayuntamiento de Madrid en la forma que éste determine. La entidad adjudicataria garantizará la adecuación continua de su sistema de información a las características técnicas y requerimientos funcionales que se establezcan desde el Ayuntamiento de Madrid para el intercambio de información relacionada con la prestación del servicio. Sin perjuicio de su ampliación futura a otros servicios, actualmente el intercambio de información comprende los servicios de gestión de SAD y el control de la facturación de dichos contratos, y la interconexión entre los Sistemas de Información se realiza técnicamente mediante

servicios web basados en el estándar WS-SECURITY. Existe documentación técnica sobre dichos servicios que está disponible para su consulta en las Direcciones Generales competentes en este servicio”.

De la lectura de esa obligación, contenida en el PPT, se desprende que la Administración no obligaba a los licitadores a disponer de un determinado y específico sistema informático, sino que la obligación se extiende a contar con uno que permita cumplir con las obligaciones que exige el PPT. En la fecha aludida por el recurrente, 27 de junio de 2016, Valoriza había ofertado un sistema informático que cumplía con el PPT.

Al constatar Valoriza que todos los datos tratados y obtenidos por Eulen, en la ejecución del contrato cuya finalización se producía el 30 de junio de 2016, lo habían sido a través de Grupo NEAT, comunicó al Ayuntamiento la posibilidad de utilizar el sistema informático del que ese tercero dispone, y que incidía en una notable disminución de los tiempos de ejecución de ese traspaso de datos, al coincidir que, tanto Valoriza, como Eulen, son clientes de Grupo NEAT.

Explica Valoriza en su escrito de alegaciones que dado que dispone y actualmente usa los dos sistemas informáticos en su empresa (NEAT y GESAD), propone al órgano de contratación la sustitución de uno por otro, simplemente para agilizar la puesta en marcha del servicio, tratando de optimizar los conocimientos del personal a subrogar sobre el sistema informático que se venía utilizando. Autorizado el cambio, se procede a contratar el servicio con NEAT para este contrato concreto. Adjunta sendos certificados de las dos entidades, (NEAT y GESAD), donde se recogen que ambas compañías son proveedores ininterrumpidamente, de Valoriza desde el año 2009 y 2011 respectivamente.

El Ayuntamiento de Madrid autorizó (el 27 de junio y, por tanto, con posterioridad a la adjudicación) a Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L. la subcontratación de GRUPO NEAT (folio 539 del expediente).

Valoriza contaba con los medios necesarios para iniciar el contrato como exigía la cláusula 10 del pliego y como declaró para obtener la adjudicación. Aunque en su oferta proponía utilizar la aplicación GESAD del Grupo TREVENQUE, una vez adjudicado el contrato, cambia de proveedor de forma autorizada por el órgano de contratación.

En cualquier caso, el cambio de sistema informático realizado por Valoriza no supone incumplimiento alguno de las obligaciones contenidas al respecto en el PPT.

Noveno.- Incorrecta valoración del criterio de adjudicación 1.3.

De acuerdo con el criterio de valoración incluido en el punto 1.3 del apartado 18 del Anexo I al PCAP:

“Se valorará del proyecto que, además de lo que exigen los pliegos técnicos, plantee propuestas de actividades para realizar con usuarios del SAD, que mejoren la calidad de vida de éstos, con una sólida justificación técnica, identificando claramente su objetivo, así como la descripción de las infraestructuras, medios técnicos y humanos para su desarrollo y número de actividades a realizar y número de usuarios que se beneficiarán con ellas a lo largo del contrato”.

Consta en el informe de valoración de ofertas que *“Todas las actividades, salvo la visita al centro histórico de la ciudad, la celebración de San Isidro (en un parque) y la sesión de yoga (parque) están supeditadas a sala municipal (en algunas actividades simplemente lo menciona así y en dos de ellas pone reserva de sala municipal) por lo que no se tienen las garantías necesarias de que la actividad se pudiera llevar a cabo”.*

Según la recurrente si el propio órgano de contratación constata que no existe la seguridad de que las actividades se lleven a cabo, es evidente que no pueden ser tenidas en consideración y la adjudicataria no debió recibir puntuación alguna en este apartado. Máxime cuando condiciona su prestación a que el propio

Ayuntamiento aporte sus infraestructuras, por lo que no puede ser considerada una mejora sin coste adicional y, desde luego carece de la “*sólida Justificación técnica*” que exige el pliego. No se trata de corregir el juicio técnico de la administración, sino de asignar una consecuencia jurídica distinta (no puntuar la mejora) a la valoración técnica, al constatar (como resulta del propio informe) que lo ofertado ni puede ser considerado una mejora, ni reúne los requisitos fijados por el pliego.

Lo que recoge el criterio de valoración es la programación de la actividad sin coste para la Administración; y Valoriza propone desarrollar dichas actividades en salas municipales (previo pago por su uso como el resto de ciudadanos), pero no puede colegirse de lo ofertado, que está mal aplicado el criterio de valoración.

Se pretende que el Tribunal entre a conocer de la puntuación otorgada, en los criterios no valorables en cifras o porcentajes, a Valoriza, y se le resten, por el Tribunal a este licitador “(...) los 4,25 puntos que indebidamente ha recibido la adjudicataria en este apartado (...)”, “Puesto que se trata de una mera interpretación jurídica del criterio de valoración que no precisa de conocimientos técnicos (...)”, aplicando criterios jurídicos a valoraciones técnicas subjetivas cuyos motivos a favor y en contra vienen expresados en el informe técnico.

Conviene, además, tener en cuenta que es doctrina unánime, de los diferentes órganos de resolución recursos contractuales, considerar la puntuación otorgada a los licitadores, en los criterios de adjudicación no valorables en cifras o porcentajes, como discrecional para la Administración, siendo competencia del Tribunal conocer aspectos formales de la valoración, que no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios, o que no se haya incurrido en error material, debiendo, por lo demás, respetar los resultados de la valoración técnica efectuada en el informe. Fuera de estos aspectos, y mediante el juicio de racionalidad y razonabilidad, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. Es preciso que, quien los discuta, aporte argumentos o principios de prueba que

acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable o con algún grado de arbitrariedad.

En el supuesto que nos ocupa el informe de valoración de los criterios de adjudicación no valorables en cifras o porcentajes, tiene una extensión adecuada, así como el hecho, también objetivo, de que el informe final, comparativo de esos criterios no valorables en cifras porcentajes, de fecha 1 de junio de 2016, alcanza un total de catorce páginas. Lo que valora el criterio es la programación de actividades sin coste para la Administración y Valoriza propone desarrollar actividades en salas municipales ponderando motivadamente el informe de valoración los aspectos positivos y la opinión que le merece sobre la posibilidad de su realización a efectos de repartir la puntuación, sin que pueda asignarse de forma automática.

A la luz de los argumentos esgrimidos por el recurrente, se considera que lo pretendido por este es una valoración alternativa de la puntuación que se asignó a Valoriza en los criterios de adjudicación no valorables en cifras o porcentajes, sin que concurren razones, desde un punto de vista jurídico, que amparen tal pretensión, dado que en la valoración de los citados criterios no se ha probado que se haya producido arbitrariedad o discriminación alguna, ni se ha incurrido en error material.

Décimo.- Incorrecta valoración del criterio de adjudicación 1.1:

De acuerdo con el criterio de valoración incluido en el punto 1.1 del apartado 18 del PCAP:

“1.1. Análisis de los protocolos de actuación siguientes, establecidos en el pliego de Prescripciones Técnicas. Se valorará la eficacia y calidad de los mismos, la amplitud de supuestos y medidas recogidas, el grado de detalle de las actuaciones respecto a los diferentes implicados y la claridad, concreción y eficacia de los mismos”.

Así, en relación al *“Protocolo tenencia y custodia de llaves”*, consta en el Informe de valoración que la adjudicataria recibe 0,75 puntos relacionando motivadamente todos los aspectos de este protocolo que se consideran negativos y por lo que se justifican atribuir tal puntuación en este apartado.

En relación a la puntuación otorgada por el *“protocolo para procurar el menor número de cambios posibles”*, los técnicos municipales aprecian que tiene determinadas carencias como que no recoge los objetivos a abordar por lo que no estaríamos ante un protocolo para evitar el menor número de cambios de auxiliar sino ante protocolos que recogen como cubrir y abordar los cambios que se producen y en consecuencia lo valora con 0,5 puntos.

Nuevamente se pide al Tribunal no que corrija la puntuación otorgada a la apreciación de la oferta realizada por los técnicos por considerar evidente que la consecuencia jurídica prevista en el pliego (asignar una puntuación) no se compadece con las características que refleja el informe. A la pretensión de valoración alternativa o modificación de la puntuación asignada por los técnicos en el informe de valoración de este criterio sujeto a juicio de valor son de aplicación los mismos argumentos expuestos en el Fundamento de Derecho anterior y procede, en consecuencia la desestimación del motivo de recurso.

Undécimo.- Finalmente, resta analizar lo alegado por la recurrente en su escrito de ampliación del recurso una vez concedido acceso a parte del expediente en sede del Tribunal en relación a la solvencia de Valoriza.

Al efecto señala Eulen que el importe global de la cifra de negocios de Valoriza Servicios a la Dependencia no alcanza el importe correspondiente al precio de un año del contrato que nos ocupa. Las cuentas, aportadas por UGT en el recurso que se tramita también contra la adjudicación del contrato en este Tribunal bajo el número 154/2016, ponen de manifiesto unos fondos propios y unos beneficios que revelan que la adjudicataria no puede hacer frente a las pérdidas que

el contrato le va a generar, por lo que considera que carece de la solidez financiera que le permita hacer frente a los costes ante unas pérdidas seguras. Se alega además que la adjudicataria no ha prestado ningún servicio del volumen y la complejidad del que ahora se contrata.

Se reiteran otra vez los argumentos que se han venido sosteniendo en los diferentes escritos presentados respecto de la insuficiencia del precio ofertado que al parecer de la recurrente no cubre los costes laborales del servicio, en esta ocasión puesta en relación con la solvencia de la adjudicataria. Esta argumentación sobre las hipotéticas pérdidas y el cumplimiento de la normativa laboral ya ha sido objeto de análisis en los anteriores fundamentos de derecho.

En primer lugar cabe reproducir el nivel de solvencia exigido en el PCAP.

“12.- Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

• *Acreditación de la solvencia económica y financiera:*

La solvencia económica y financiera reflejada a continuación será exigible sea cual sea el lote al que se licite:

MEDIOS DE ACREDITACION ARTÍCULO 75.1 apartado a) del TRLCSP

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

REQUISITO MÍNIMO DE SOLVENCIA ECONOMICA y FINANCIERA

El volumen anual de negocios del licitador o candidato, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos años concluidos (2013, 2014 y 2015) deberá ser igual o superior a 15.000.000 euros, debiendo acreditarse mediante declaración firmada por el representante legal de la entidad”.

En el sobre de documentación administrativa presentado, en la oferta al procedimiento, por Valoriza se aporta declaración responsable en la que figura:

“Que la cifra global de negocios de la empresa VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y la relación de servicios de los tres últimos años son las siguientes:

IMPORTE DE LA CIFRA DE NEGOCIOS GLOBAL DE LA EMPRESA

| <i>AÑOS</i> | <i>IMPORTES ANUALES</i> |
|-------------|------------------------------|
| <i>2013</i> | <i>32.924.516,51.- Euros</i> |
| <i>2014</i> | <i>37.267.473,35.- Euros</i> |
| <i>2015</i> | <i>42.972.233,90.- Euros</i> |

IMPORTE DE LA CIFRA DE NEGOCIOS GLOBAL EN SERVICIOS DE AYUDA A DOMICILIO

| <i>AÑOS</i> | <i>IMPORTES ANUALES</i> |
|-------------|-------------------------------|
| <i>2013</i> | <i>18.993.205,63.- Euros</i> |
| <i>2014</i> | <i>20.083.388,04.- Euros</i> |
| <i>2015</i> | <i>24.986.684,15.- Euros”</i> |

Por lo tanto, a la vista de los datos anteriormente transcritos, se colige que Valoriza contaba con la solvencia económica y financiera exigida por el PCAP, lo que desvirtúa cualquier afirmación en contrario. Es cierto como afirma la recurrente que el volumen anual no alcanza el importe del precio de un año del contrato, sin embargo, se ajusta a lo requerido en el PCAP cuyo contenido ha devenido en ley del contrato que rige el proceso selectivo.

Respecto de la solvencia técnica o profesional el PCAP exige:

“Haber efectuado en el curso de los cinco últimos años (2012, 2013, 2014, 2015, 2016), trabajos de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato, debiendo ser el importe anual ejecutado correspondiente a los mismos, durante el año de mayor ejecución del período citado, igual o superior a 2.000.000 euros.

La acreditación se efectuará mediante la presentación de certificados expedidos conforme se indica en el artículo 78.1 apartado a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público al lado transcrito.

A los efectos de determinar la correspondencia entre los trabajos acreditados y los que constituyen el objeto del contrato se atenderá a la coincidencia entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV, cuando el destinatario de los trabajos sea un ente público. Los documentos presentados deberán ser originales o fotocopias cotejadas”.

Se alega por la recurrente que *“Se ha podido comprobar que la adjudicataria no ha prestado ningún servicio del volumen y complejidad del que ahora nos ocupa”* y que la adjudicataria nunca ha gestionado un servicio de ayuda a domicilio de más de 13 millones de euros (frente a los más de 50 del servicio que ahora nos ocupa) por lo que debe otorgarse mayor verosimilitud a los estudios y proyectos presentados por la anterior prestadora del servicio (Eulen), del propio Ayuntamiento que es quien lo recibe o de una Federación Sindical con miles de afiliados y con representación en comités de empresa de servicios de mucha mayor envergadura que los que Valoriza presta.

En el sobre de documentación administrativa presentado por Valoriza, se aportan los siguientes certificados de buena ejecución de contratos:

1) Diputación de Ávila: Prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio. Por importes de 4.464.758 € en el año 2013 y 4.718.845:76 € en el año 2014.

2) Diputación de Jaén: Contrato de gestión de servicio público, bajo la modalidad de concesión de Ayuda a Domicilio, en los municipios de la provincia de Jaén con población inferior a 20.000 habitantes, por importe de 9.178.633.04 € en el año 2015.

3) Ayuntamiento de Guadalajara: Prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio, por importe de 5.295.480 € más 211.819,20 €, en concepto de IVA, en los años 2014 a 2016.

4) Ayuntamiento de Coslada: Servicio de Ayuda a Domicilio, por importe de 322.192,03 € en el año 2015.

5) Ayuntamiento de Getafe: Contrato para la Prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio, por importes de 788.601,16 € IVA incluido, en el año 2012, 864.113,21 € IVA incluido, en el año 2013 y 127.372,96 € IVA incluido, en el año 2014.

De igual modo que ocurría con la solvencia económica y financiera, a la vista de los certificados aportados por Valoriza, se concluye que ésta contaba con la solvencia técnica o profesional exigida por el PCAP, lo que determina la desestimación del motivo de recurso.

Duodécimo.- El informe del órgano de contratación solicita la imposición de multa al recurrente, por importe de 4.528 euros, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP, petición que se amplía en 230 euros en el informe a la ampliación del recurso. Se cuantifica la multa en el importe de la tasa abonada por el Ayuntamiento, como consecuencia de los tres recursos especiales interpuestos así como al importe del trabajo que un funcionario de Grupo A1 ha debido de realizar de manera, casi ininterrumpida, desde la interposición del primer recurso especial interpuesto, y los sucesivos que han ido encadenándose. La solicitud tiene su base y fundamento en que considera que en la cadena de interposición de recursos especiales, que se ha producido en el lote 3 de este contrato, se aprecia un abuso del derecho al recurso, lo que Eulen perseguía, era retrasar la ejecución del mismo, en la inteligencia de que durante todo ese retraso, sería esa entidad quien continuaría prestando el servicio (dado que resultó adjudicataria del contrato en 2012, cuya finalización se producía el 30 de junio de 2016). En cuanto al traspaso de datos e información a Valoriza, de mala fe, optó, siempre que existía en esa tarea de traspaso, de dos alternativas posibles, por la que le resultara más gravosa a la nueva adjudicataria, que va más allá de la pretensión, perfectamente legítima, de interposición de un recurso por un licitador que ha concurrido a un procedimiento de contratación. En cuanto al segundo recurso presentado por Eulen se expone el asombroso grado de similitud de párrafos completos del recurso especial interpuesto

por UGT. La mala fe y temeridad ha llevado al recurrente, incluso, a realizar afirmaciones falsas, tales como:

- La aportación por Valoriza de una hipotética póliza de seguros que incumpliría el PCAP, en cuanto al límite de la franquicia.
- Una hipotética falta de acreditación, por Valoriza, del cumplimiento de adscripción de medios personales o materiales, que el PCAP no exigía.

El artículo 47.5 del TRLCSP establece que *“en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores”*.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ 1990\3637. La Sentencia 29/2007, de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

En el presente caso, si bien es cierto que se ha producido una sucesión de recursos, ello viene determinado por la calificación otorgada al contrato por el órgano

de contratación y la necesidad del recurrente de asegurarse una vía de recurso ágil y rápida, previa a la perfección del contrato como se garantiza en la Directiva 89/665/CEE relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referente a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, previa a la perfección del contrato. Tanto la posibilidad de formular recurso especial como la de ampliar el recurso una vez concedido el acceso al expediente en sede del Tribunal fueron reconocidos por este a fin de garantizar su derecho y no producir indefensión al interesado. La presentación de otro recurso por la representación sindical, a pesar de la amplia coincidencia de argumentos con el de Eulen, forma parte del derecho de los sindicatos a la defensa de los intereses colectivos que representan. No puede apreciarse temeridad en la interposición del recurso.

Tampoco resulta acreditada la intencionalidad aducida en la recurrente de seguir siendo prestadora del servicio hasta tanto se resuelva el recurso puesto que la interposición, dada la inobservancia del plazo suspensivo, se produjo una vez formalizado el contrato y por ende no queda debidamente probada la mala fe.

Este Tribunal considera que no se dan los elementos y requisitos para la interposición de la multa establecida en el 47.5 del TRLCSP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por don V.P.S., en nombre y

representación de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., contra la adjudicación del lote 3 del “Servicio de Ayuda a Domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario”, número de expediente: 171/2016/00043.

Segundo.- Inadmitir el escrito de ampliación del recurso especial presentado el 18 de julio con ocasión del acceso al expediente en trámite de alegaciones a otro recurso formulado contra la adjudicación del mismo contrato, por extemporáneo.

Inadmitir el recurso, en cuanto se dirige contra el contenido del PCAP, también por extemporaneidad.

Tercero.- 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.