

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

En Madrid, a 1 de febrero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don J.O.A., en nombre y representación de Arci-Nature Intervención Social, S.L., contra el Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo, del Ayuntamiento de Madrid, por el que se adjudica el lote 2 del contrato de servicios denominado “Quedamos al Salir de Clase”, número expediente 300/2016/00983, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de julio de 2016 se publicó en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE), el 3 de agosto de 2016 y en el Boletín Oficial del Estado el 9 de agosto de 2016, el anuncio por el que se hace pública la licitación del contrato de servicios denominado “Quedamos al Salir de Clase” a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, dividido en tres lotes pudiendo licitar solo a uno. El valor estimado del contrato asciende a 5.452.189,60 euros.

Segundo.- Fueron identificadas como anormales o desproporcionadas las ofertas de Instituto Superior de Estudios Empresariales Cambridge y de Acaya Naturaleza y Vida, S.L.- Garbaldi, S.A., licitadoras en compromiso de UTE.

Se procedió a la tramitación del expediente contradictorio a que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP. Con fecha 21 de octubre de 2016, se emite el correspondiente informe técnico de viabilidad de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del citado artículo, en el que se concluye que *“la oferta de la UTE (Acaya Naturaleza y Vida, S.L. y Garbaldi, S.A.) se valora como técnicamente justificada dado que los conceptos en los que señala el abaratamiento de costes se consideran viables”*.

Tercero.- Con fecha 1 de diciembre de 2016, por Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo, se acepta la oferta de Acaya Naturaleza y Vida, S.L.- Garbaldi, S.A. en compromiso de UTE, se rechaza la del Instituto Superior de Estudios Empresariales Cambridge, calificadas ambas inicialmente como anormales o desproporcionadas y se adjudica el lote 2 del contrato de servicios “Quedamos al Salir de Clase” a Acaya Naturaleza y Vida, S.L.- Garbaldi, S.A. en compromiso de UTE, de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de contratación en fecha 21 de octubre de 2016. La notificación se realizó por fax el 2 de diciembre.

Cuarto.- Con fecha 27 de diciembre de 2016 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el Decreto por el que se adjudica el mencionado contrato, por entender que la oferta adjudicataria debió ser rechazada por inviable.

Con fecha 29 de diciembre de 2016 se recibió el expediente e informe preceptivo del órgano de contratación de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP.

El órgano de contratación, manifiesta que en base al informe de viabilidad

emitido por el órgano gestor del contrato considera viable la oferta por cuanto los costes de los conceptos que se han abaratado no impiden que se ejecute el servicio en los términos del contrato.

Quinto.- Con fecha 28 de diciembre del 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión del lote 2 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles. Se han formulado alegaciones en representación de las empresas licitadoras en compromiso de la UTE adjudicataria, solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 un licitador clasificado en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 1 de diciembre de 2016, la notificación a la recurrente fue realizada el 2 y se interpuso el recurso el 27 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En el número 3 del Decreto de adjudicación de la Delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo del Ayuntamiento de Madrid, se establece que:

“El Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017 es aplicable a las personas trabajadoras que realizan la actividad objeto del contrato, estando sujeto a las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigente en materia laboral y Seguridad Social en el trabajo.”

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que rige el contrato administrativo impugnado, en su cláusula novena, sobre cláusulas sociales, establece, a sus números 3 y 4, lo siguiente:

“3. En la determinación del precio del contrato se han tenido en cuenta el Convenio Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017, de 22 de junio de 2015 respecto al salario base y demás complementos que son de aplicación, así como los costes de Seguridad Social y demás derivados de la prestación del servicio. Así mismo, se han tenido en cuenta todos los costes laborales de cada uno de los trabajadores objeto de subrogación, incluyendo salario base, antigüedad y otros complementos salariales.

4. La oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente a todos los costes derivados de la aplicación del Convenio Colectivo que correspondan, sin que en ningún caso los precios /hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del Convenio más los costes de Seguridad Social”.

Y en la cláusula décima del PPT, sobre condiciones especiales de ejecución, su número 4 primer párrafo, dice:

“4. Es condición especial de ejecución que la empresa adjudicataria se obligue durante todo el periodo de ejecución del contrato a no minorar unilateralmente las condiciones de trabajo que en materia de salario y jornada de trabajo, y en términos anualizados, así como a cualquier mejora sobre la legislación laboral básica aplicable que corresponda en cada momento a las personas trabajadoras adscritas al contrato en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, salvo acuerdo explícito entre la empresa y la representación de los trabajadores”.

A la vista de dichas cláusulas y atendiendo a que los pliegos no recurridos y aceptados incondicionalmente por la presentación de oferta, conforman la ley del contrato, la recurrente trae a colación un estudio económico que analiza lo exigido en el PPT, la memoria económica contenida en el expediente de contratación y la oferta adjudicataria, concluyendo la inadecuación e inviabilidad de esta.

La memoria económica que figura en el expediente y sustenta el presupuesto de licitación considera, en un estudio bien detallado y completo, los costes necesarios en materia de personal (salario, complementos, seguridad social, absentismo, salud laboral y supervisión externa), actividades (manutención, material, actividades, transporte y teléfono móvil), locales (alquiler, mantenimiento y limpieza), gastos de gestión (5%) y margen empresarial (5%), explicando la forma de cálculo de todas esas partidas. Los importes parciales son de 899.210 euros en gastos de personal, 201.500 euros en gastos de actividad, 28.730 euros para gastos de locales, 56.468 euros para gastos de gestión y 59.294,40 euros de margen empresarial, de lo que resulta un presupuesto de licitación de 1.245.202,40 euros.

La oferta seleccionada asciende a 1.017.352,10 euros. Entiende la recurrente que ese importe es insuficiente para cubrir incluso solo las partidas de personal y gastos de actividad. Alega que en caso de que la adjudicataria cumpla el requisito de

aplicación de las tablas salariales del convenio colectivo, el importe que resta a la oferta para poder hacer frente al resto de los gastos es de 118.142,10 euros, cantidad que es insuficiente para hacer frente al resto de partidas de gastos. Añade que se debieron prever otros gastos como el incremento salarial para el año 2017 y costes por indemnización por finalización de contrato temporal. La oferta económica presentada por la adjudicataria no deja margen para cubrir parte de los Gastos de Actividad, la totalidad de los gastos de locales, la totalidad de los gastos de gestión y la totalidad del margen empresarial, por lo que es inviable económicamente. La justificación y viabilidad aseverada por el órgano de contratación está alejada de la realidad y considera que el informe técnico no ha verificado adecuadamente la oferta de la adjudicataria por cuanto, del estudio económico anterior, se extraen unos datos por los que se puede comprobar la inadecuación de lo ofertado a lo que el contrato administrativo exige a través de los pliegos que lo rigen careciendo, por tanto, esos informes técnicos, de motivación racional y razonable acerca de la viabilidad de la oferta presentada para que se pueda ejecutar el contrato.

El TRLCSP, en su artículo 152.3, 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 que 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.).

El PCAP establece los criterios por los que se considerarán en presunción de desproporcionadas o temerarias las ofertas y su apreciación por la Mesa no es

objeto de recurso.

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes requeridos, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económica más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas.

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible 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”*. 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 éstos parezcan anormalmente bajos 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.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones de licitación establecidas en los pliegos porque si así no fuera, el

cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación. Es necesario que por los licitadores se pueda probar la seriedad de su oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. El carácter contradictorio del procedimiento de verificación permite que se soliciten precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que haya hecho albergar dudas.

El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior”* estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la

inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

La UTE adjudicataria en trámite de alegaciones afirma que el salario base de los trabajadores del contrato se ha calculado conforme al Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017. Las alegaciones de la reclamante se basan en contrataciones temporales, no teniendo en cuenta otras modalidades de contratación existentes en la actualidad. En cuanto al importe por absentismo, salud laboral y gastos de supervisión externa alega que la recurrente hace referencia a los cálculos que realiza el órgano de contratación, sin embargo estos cálculos están basados en una estimación, desconociendo los gastos reales que la organización tiene en estos apartados. En las actividades justifica la reducción del coste de la merienda debido al alto volumen de actividades que realiza cada una de las entidades que componen la UTE, lo que le permite la reducción del coste/unidad sin que afecte a la calidad y cantidad de los alimentos. Explica que en la actualidad existe una amplia gama de modelos de terminales con un coste inferior y con las mismas prestaciones del que establece el órgano de contratación en su estudio económico. Afirma que no tiene gastos de alquiler de local por contar con uno propio, que no tiene costes por material de limpieza al contar con un stock en una de las empresas que constituirá la UTE, explica las condiciones que le han permitido reducir los gastos de gestión y en cuanto al margen empresarial señala que este se fija a elección de la empresa, teniendo una política expansiva, por lo que reduce dicho margen.

El informe técnico justifica la viabilidad de la oferta indicando:

“En relación con los costes de personal:

- *Se mantienen los salarios contemplados en el Convenio Colectivo de referencia.*
- *En cuanto al tipo de cotización a la Seguridad Social, estimado en un 32% en la memoria económica del contrato, la entidad considera que éste será del 23% al prever contratar a personal de colectivos que tienen beneficios en esta cotización.*
- *La entidad estima que los gastos derivados del absentismo laboral, prevención de la salud y reconocimientos médicos supondrán un 1 % sobre la masa salarial, en lugar del 3% previsto en la memoria económica.*
- *Establece los gastos de supervisión externa en 44,50 €/año para los coordinadores y monitores y en 13,50 €/año para el personal de apoyo, frente a los 75 € y 25 €, respectivamente, señalados en la memoria económica.*

Con respecto a los costes de las actividades, se señala lo siguiente:

- *Se reduce el coste de la merienda de 1,20 € señalados en la memoria económica a 0,83 € por unidad.*
- *Se mantiene el coste del material, actividades y transporte en 25 € por centro y día de actividad, conforme establece la memoria económica.*
- *Se reduce el coste del terminal móvil de los 156 € fijados en la memoria económica a 65 €. Así mismo, la tarifa telefónica pasa de los 25 € por línea y mes que figuran en la memoria económica a 19,95 euros.*

En cuanto al coste de limpieza del local, la aclaración de la entidad reduce el coste hora del servicio de 10,72 € a 9,99 €, al tener en cuenta las bonificaciones en la seguridad social por contar para la prestación del servicio con personas con diversidad funcional u otros colectivos bonificados.

Por último, reduce los gastos de gestión del 5% de la suma de los anteriores conceptos al 0,55% y el margen empresarial lo calcula en un 0,5% de los costes del contrato, en lugar del 5% señalado en la memoria económica”.

De acuerdo con el artículo 152.4 del TRLCSP, si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos de viabilidad de la oferta, estimara que la oferta puede ser cumplida sin perjuicio de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, no procediendo su exclusión.

En el recurso interpuesto por Arci-Nature se aduce inviabilidad de la oferta presentada por la UTE Acaya-Garbialdi, y para ello lleva a cabo una mera comparativa entre el estudio económico que sirve para determinar el presupuesto base de licitación y un hipotético reparto de importes entre las diferentes partidas presupuestadas por la UTE Acaya-Garbialdi. No obstante, no hay que olvidar que el presupuesto base de licitación supone, precisamente, una estimación de gastos al alza sobre el que licitar, de ahí la existencia de la oferta económica como criterio de adjudicación que admite bajas.

En definitiva, debemos concluir que en este caso por el órgano de contratación se ha seguido el procedimiento previsto y se concedió al licitador que presentó oferta incurso en presunción de ser desproporcionada o temeraria trámite para justificar la viabilidad de su oferta. La empresa licitadora ha presentado una justificación de su oferta. Asimismo, se ha procedido a solicitar informe técnico sobre la viabilidad de la misma que a la vista de las justificaciones presentadas, desvirtúa las alegaciones realizadas por la empresa por las razones señaladas anteriormente.

La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la ha adoptado a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta el informe emitido por los servicios técnicos, que parece claro y suficientemente motivado, en este momento la función del Tribunal es meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales.

Por todo ello, teniendo en cuenta las argumentaciones realizadas, se aprecia una suficiente y adecuada motivación en el rechazo de la justificación presentada por la recurrente y el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 interpuesto por don J.O.A., en nombre y representación de Arci-Nature Intervención Social, S.L., contra el Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo, del Ayuntamiento de Madrid, por el que se adjudica el lote 2 del contrato de servicios denominado “Quedamos al Salir de Clase”, número de expediente 300/2016/00983.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática respecto del lote 2 cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 28 de diciembre.

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.