

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

En Madrid, a 31 de mayo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don P.B.G., en nombre y representación de Elite y Espacio, S.L., contra el acuerdo de la Concejala-Presidenta del Distrito Latina de 21 de abril de 2017, por el que se adjudica el contrato “Servicios de información, atención al público y control de entradas en equipamientos adscritos al Distrito de Latina”, número de expediente: 300/2016/01235, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 25 y 29 de noviembre y 10 de diciembre de 2016 se publicó respectivamente en el Perfil de contratante del Ayuntamiento, en el DOUE, y en el BOE, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato mencionado, siendo el valor estimado de 4.195.620,29 euros.

Segundo.- Al procedimiento concurren trece empresas incluida la recurrente, en compromiso de UTE con Ortiz, S.A.

Tras los trámites oportunos, la Mesa de contratación, en sesión celebrada el 25 de enero de 2017, comprobando que la oferta de la empresa Ferroviaal Servicios, S.A. se encontraba incursa en el supuesto de baja desproporcionada, según lo establecido en los Pliegos, acordó requerirle la oportuna justificación de viabilidad de su oferta.

La empresa presentó escrito de justificación el día 1 de febrero y la Mesa, a la vista de su contenido, solicitó aclaración sobre diversos aspectos del mismo, con fecha 6 de marzo de 2017. En respuesta a la solicitud, la empresa presentó nuevo escrito aclaratorio de la justificación el 9 de marzo de 2017. Tras el correspondiente informe de los servicios técnicos, la oferta se consideró viable y fue aceptada por la Mesa.

Finalmente, la Concejala Presidenta del Distrito de Latina procedió mediante Acuerdo de 21 de abril de 2017, a la adjudicación del contrato a Ferroviaal Servicios, S.A., al haber presentado la oferta más ventajosa. El Acuerdo fue notificado a los interesados con fecha 25 de abril.

Tercero.- El 12 de mayo de 2017, Elite y Espacio, S.L., anunció al órgano de contratación su intención de interponer recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato. El 16 de mayo presentó ante el Tribunal el anunciado recurso contra el Acuerdo de 21 de abril de 2017.

El recurso argumenta que *“a pesar de los diferentes criterios, la decisión se ha adoptado basándose únicamente en el económico y se ha adjudicado a una oferta manifiestamente anormal o desproporcionada, ya que realiza una baja por encima del 25% del precio de licitación, sin que haya mediado justificación sobre la posibilidad de cumplimiento de la misma. Y sin que la propia resolución de adjudicación exponga los motivos por los que se ha optado por el criterio económico”*. Además argumenta que *“no solo no consta este informe justificativo en el expediente, sino que esta parte, adjudicataria anterior de este contrato no ha recibido ninguna petición de información sobre los trabajadores en los que Ferroviaal Servicios se ha comprometido en la propia oferta a subrogar a la fecha de formalización del contrato y cuyos salarios y*

condiciones laborales supondrían prácticamente que los gastos directos por si solos estarían generando pérdidas desde el primer día para la adjudicataria. En conclusión, parece difícil que pueda garantizar el cumplimiento de un contrato con una baja tan cuantiosa si ni siquiera conoce el coste que tendrá su ejecución porque no lo ha solicitado". Por todo ello solicita la anulación de la adjudicación y la exclusión de la adjudicataria por no haber justificado la viabilidad de su oferta o que se retrotraiga el procedimiento al momento anterior a la adjudicación para que se continúe de acuerdo al procedimiento establecido en la ley.

Cuarto.- Del recurso se dio traslado al órgano de contratación que remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe al 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).

En el informe argumenta que *"ha quedado acreditado en el expediente, tal y como se relata en los antecedentes de este informe, que sí se requirió a FERROVIAL SERVICIOS, S.A. para que justificase dichos valores y que, una vez esta mercantil aportó la documentación que estimó oportuna a tal efecto, ésta se valoró suficiente como para justificar la desviación a la que se refiere la recurrente, lo que también queda acreditado en el expediente en el informe del Departamento Jurídico de 24 de marzo de 2017. Alega la recurrente, asimismo, que la adjudicataria no ha solicitado de la anterior empresa adjudicataria la relación de los trabajadores respecto de los que ha de subrogarse en su posición como empresario. Lo cierto es que no se establece en el Pliego de Prescripciones Técnicas y tampoco en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares obligación de subrogación alguna del nuevo adjudicatario en la posición del empresario que venía prestando el servicio con anterioridad. Lo que sí se establece en el apartado 20.3 del Anexo I del PCAP es el mantenimiento de las condiciones laborales de la plantilla de las personas trabajadoras que ejecutará el contrato como un criterio de adjudicación valorable hasta 25 puntos."*

Añade el informe que Ferrovial Servicios, S.A., en su oferta se compromete a cumplir con los términos del apartado 20.3.1 del Anexo I Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares (PCAP), pero no a subrogarse en la posición del anterior empresario adjudicatario, por lo que no será necesario que conozca la identidad o las condiciones de trabajo de los trabajadores a las que se refiere la recurrente para determinar su oferta o para justificar el contenido de la misma a los efectos de lo previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, transcurrido el plazo se ha recibido escrito de Ferrovial Servicios, S.A., en el que alega que *“habiéndose seguido por el órgano de contratación el procedimiento contradictorio previsto en la ley de contratos para la justificación de las bajas incursas en presunción de temeridad, y habiendo justificado mi representada su oferta, la actuación del órgano de contratación y el Acuerdo de Adjudicación recurrido son conformes a Derecho y los argumentos del REMC carecen de fundamento por lo que el recurso debe ser desestimado”*. Solicita igualmente la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP puesto que considera que *“el recurso carece de fundamento jurídico, se presenta infringiendo los principios de equidad, buena fe y persigue demorar la formalización y ejecución del nuevo contrato licitado dado que la recurrente es la actual adjudicataria del servicio, tal y como ella misma señala en su 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa. Elite y Espacio S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica, licitadora en compromiso de UTE,

que ha quedado clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, y que de estimarse el recurso podría estar en condiciones de ser adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el Acuerdo impugnado fue adoptado el 21 de abril de 2017, practicada la notificación el 25 de abril, e interpuesto el recurso el 16 de mayo, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, por lo que el recurso especial se planteó en tiempo y forma.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho del procedimiento seguido respecto de la oferta de la adjudicataria incurso en presunción de temeridad.

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 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 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”. 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 parezca anormalmente baja 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.

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 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, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

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.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

La recurrente alega que no se ha seguido el procedimiento indicado. Sin embargo comprueba el Tribunal que en el expediente consta la solicitud cursada a la recurrente de presentación de justificación de los términos y condiciones de su oferta y el escrito de justificación presentado el 1 de febrero de 2017. Constan igualmente el requerimiento de aclaración y su contestación por parte de Ferrovial Servicios, S.A., el día 2 de marzo. Finalmente consta el Informe técnico emitido en relación con la justificación de viabilidad de la oferta de Ferrovial.

Por lo tanto, quedando acreditado que el procedimiento se ha llevado a cabo en todas sus fases, el recurso debe desestimarse, en cuanto a este motivo.

Debe advertirse que la recurrente no ha solicitado al órgano de contratación la vista del expediente administrativo, trámite al que tenía derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. De haber ejercitado su derecho podría haber comprobado las actuaciones realizadas y argumentar debidamente su recurso.

En cuanto a la subrogación de los trabajadores que venían ejecutando el servicio alegada por la recurrente, comprueba el Tribunal que no se recoge esa obligación en el PCAP y lo que establece el apartado 20.3 del Anexo I del mismo es, como indica el órgano de contratación en su informe, el criterio de valoración de mantenimiento de las condiciones laborales de la plantilla de las personas trabajadoras que ejecutarán el contrato, cuestión distinta de la subrogación.

Sexto.- Debe pronunciarse el Tribunal sobre la solicitud de imposición de multa realizada por ferrovial en su escrito de alegaciones, en base a la existencia de temeridad y mala fe en la interposición del recuso.

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. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística”.

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”.

Es cierto que en este caso el recurso se plantea sin una adecuada argumentación y sin el examen del expediente que le hubiera permitido argumentar de otro modo los posibles motivos de recurso, por lo que no ha tenido acogida por este Tribunal. No obstante podrían considerarse dentro del ámbito del derecho a la interposición de recurso y como manifestación del derecho de tutela judicial efectiva, por lo que puede interpretarse no se dan los elementos y requisitos para considerar temeraria su interposición de acuerdo con los anteriores parámetros, y no procede 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 41.4 del TRLCSP 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, interpuesto por don P.B.G., en nombre y representación de Elite y Espacio S.L., contra el Acuerdo de la Concejala-Presidenta del Distrito Latina de 21 de abril de 2017, por el que se adjudica el contrato “Servicios de información, atención al público y control de entradas en equipamientos adscritos al Distrito de Latina”, número de expediente: 300/2016/01235.

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.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal en su reunión de 23 de mayo de 2017.

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.