

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

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.P.M., en nombre y representación de SBC Outsourcing, S.L. (en adelante SBC), contra el Acuerdo del Concejal del Distrito de Villaverde del Ayuntamiento de Madrid, por el que se rechaza la oferta del recurrente y se adjudica el contrato de servicios de “Auxiliares de información, atención al público y control de entradas de equipamientos adscritos al distrito de Villaverde”, número de expediente 300/2018/0062., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 6, 7 y 9 de marzo de 2018 se publicó respectivamente en el DOUE, Plataforma de Contratación del Sector Público y en el BOE la convocatoria para la licitación del contrato mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 2.403.363,64 euros.

Debe destacarse que de acuerdo con el apartado 2 de la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP): “*Se considerará, en*

principio, como oferta con valores anormales o desproporcionados, aquélla cuyo porcentaje exceda en cinco (5) unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones admitidas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes técnicos del servicio correspondiente y considerando adecuada la justificación del licitador, que la oferta puede ser cumplida a satisfacción de la Administración. Para la valoración de este criterio únicamente se tendrán en cuenta las ofertas con valores anormales o desproporcionados que previa justificación de los mismos hayan sido admitidas por el órgano de contratación. Se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y artículo 85 del RGLCAP. El plazo que se concederá al licitador cuya proposición pueda ser considerada desproporcionada o anormal será de tres días hábiles (RGLCAP)”.

Segundo.- A la licitación se presentaron tres empresas entre ellas la recurrente.

Con fecha 23 de abril de 2018, tras la apertura de las proposiciones económicas, la Mesa de contratación consideró que la oferta de la empresa SBC, incurría en el supuesto de valores anormales o desproporcionados por lo que se le requirió para que justificase su oferta.

El 10 de mayo de 2018, la empresa presentó escrito justificativo de los términos de su oferta económica.

La Mesa de contratación, a la vista del informe técnico emitido, consideró injustificada la viabilidad de la oferta.

Tercero.- Con fecha 7 de junio de 2018, mediante Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Villaverde de Madrid, se acuerda la adjudicación a favor de Global Servicios – Unión de Discapacitados para el Empleo y la Formación, S.L., al ser la oferta económicamente más favorable.

La notificación de la este Decreto se efectúa con fecha 11 de junio.

Cuarto.- El 25 de junio de 2018, se interpuso ante este Tribunal por la representación de SBC, recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de su oferta a la licitación, solicitando se tenga por justificada la oferta presentada.

El 27 de junio de 2018, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

Quinto.- Con fecha 4 de julio de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 LCSP.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Selectiva Servicios Auxiliares, S.L., (antes Crezca Servicios Auxiliares, S.L.), con fecha 3 de julio de 2018 y de Global Servicios Unión de Discapacitados para el Empleo y la Formación S.L., con fecha 6 de julio, de las que se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la Orden de adjudicación, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de SBC para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al acto objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de cuantía superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1. a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el Decreto por el que se adjudica el contrato y se rechaza la oferta de la recurrente fue notificado el día 11 de junio e interpuesto el recurso el 26 del mismo mes, por tanto se encuentra dentro de los quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Quinto.- Entrando a considerar los motivos del recurso, la recurrente alega en la justificación de la viabilidad de su oferta que ofrece un precio inferior al de las presentadas por el resto de licitadores, todo ello en atención a las especiales condiciones que los Centros Especiales de Empleo gozan tanto a nivel de coste de las cuotas de seguridad social, como a través de las subvenciones que reciben desde distintas administraciones y que se convierten en su razón de ser. Así mismo indica: *“los Centros Especiales de Empleo cuentan con un programa de ayudas y subvenciones públicas dirigidas a promocionar la integración de los trabajadores discapacitados en este tipo de centros. Estas ayudas vienen a consolidar las*

políticas activas de empleo dirigidas a este colectivo para luchar contra su exclusión social del mercado laboral y promocionar su inserción sociolaboral”.

El 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 su artículo 152, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. 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.

Por ello la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata de 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.

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.).

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. 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, trámite para justificar la viabilidad de su oferta. 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.

La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora, por tanto, a la vista de la justificación y de los informes técnicos emitidos, el órgano de contratación, a quien corresponde la decisión sobre la apreciación de la posibilidad de cumplimiento de la oferta ha contado con el asesoramiento preceptivo y éste está debidamente motivado en base a la justificación aportada por la recurrente.

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 Mesa de contratación en su sesión celebrada el 28 de mayo de 2018 propone la exclusión de la recurrente, a la vista del informe técnico emitido en fecha 24 de mayo por el que se valoran las ofertas. Dicho informe matiza que la concesión de subvenciones son hechos futuros, no seguros, previsibles pero no ciertos. Las subvenciones recibidas de la Comunidad de Madrid, son abonadas al término del hecho causante de su concesión, no al inicio. Por ambas razones el órgano de contratación acuerda la exclusión a la licitación de la oferta presentada por SBC y cuya viabilidad fue justificada por este motivo junto con la reducción de las cuotas a abonar a la seguridad social y concesión de subvenciones por empleado.

En parecidos términos se expresa la adjudicataria en su escrito de alegaciones. *“Las posibles subvenciones que se reciban nunca se tiene en consideración al presupuestar un proyecto”.*

Este Tribunal considera suficientemente motivado el informe de los servicios técnicos, que ha servido a la Mesa de contratación primero y al órgano de contratación después para la primera proponer y la segunda adoptar el Acuerdo de exclusión de la recurrente a la licitación, considerando asimismo que la apreciación de la justificación efectuada por parte del órgano de contratación al no tener en cuenta subvenciones no concedidas, no excede del margen de discrecionalidad que le corresponde.

En consecuencia, a la vista de las consideraciones expuestas debemos concluir que en este punto la oferta no ha sido justificada y el Informe técnico municipal está debidamente motivado.

En cuanto a las alegaciones efectuadas por la empresa Selectiva Servicios Auxiliares, S.L., además de poner de manifiesto que la recurrente en ningún caso cuenta con las partidas previstas por las subvenciones de la CAM para el cálculo de

los presupuestos de los proyectos comerciales con los que se mantiene el Centro y que *“desde hace varios años nos estamos enfrentando a una competencia desleal por parte de este tipo de CEE que se dedica a presupuestar temerariamente en base a este tipo de partidas que lo único que hacen es poner en peligro la estabilidad de los proyectos que ejecutan, servirse de ayudas públicas”*, señala que la recurrente tampoco podría ser adjudicataria de este contrato con estas ventajas ya que se trata de un CEE radicado en Andalucía y desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio de 2017, no sería posible constituir un enclave laboral fuera de la Comunidad Autónoma donde el CEE se encuentra calificado.

Respecto de estas últimas alegaciones, debe indicarse que estas deberían haber versado sobre los motivos que formula la recurrente en su escrito y no convertirse en un nuevo recurso contra la adjudicación. Recurso que además sería extemporáneo por haber transcurrido más de quince días hábiles desde la notificación de la adjudicación y en respecto del que todo caso, la empresa no estaría legitimada para su interposición al haber sido clasificada en tercer lugar, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

De todo lo anterior en el supuesto que nos ocupa, el Tribunal debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa recurrente, en el trámite de audiencia concedido presenta una justificación de su oferta insuficiente y que el informe técnico emitido está debidamente motivado y puede considerarse racional y razonable, puesto que explica las dudas sobre la oferta y que pueda ser cumplida, lo que afectaría a la normal ejecución del contrato, por lo que el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector

Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso interpuesto por don J.P.M., en nombre y representación de SBC Outsourcing, S.L., contra el Acuerdo del Concejal del Distrito de Villaverde del Ayuntamiento de Madrid, por el que se rechaza la oferta del recurrente y se adjudica el contrato de servicios de “Auxiliares de información, atención al público y control de entradas de equipamientos adscritos al distrito de Villaverde”, número de expediente 300/2018/0062.

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

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.