

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

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.P.P., en representación de la empresa Servicios Sociales de Telecomunicaciones S.L.U., contra la Orden de la Consejera de Política Sociales y Familia de fecha 24 de octubre de 2018 por la que se excluye de la licitación la oferta presentada por el recurrente en el contrato de “Servicio de apoyo para la asignación de plazas de residencia y centros de día para beneficiarios reconocidos en situación de dependencia de la Comunidad de Madrid” número de expediente 113/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio publicado en el BOCM y en el portal de Contratación de la Comunidad de Madrid ambos en fecha 10 de septiembre de 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 442.230,82 euros. La duración del contrato es de tres años más una posible prórroga de dos años más.

**Segundo.-** Interesa destacar a los efectos de resolver este recurso el apartado 25 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que dice:

***“25.- Información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores de la empresa que están prestando servicio en la actualidad:***

*Las condiciones de trabajo del personal actual del Servicio “Servicio de apoyo para la asignación de plazas de residencia y centros de día para beneficiarios reconocidos en situación de dependencia”, incluidos en el presente contrato, se rigen por Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center.*

*La información relativa a las condiciones de los contratos en los trabajadores que están prestando servicio en la actualidad figura en el anexo X de este Pliego denominado INFORMACIÓN DE LA PLANTILLA ACTUAL”.*

Es necesario destacar así mismo el apartado 9 de la misma cláusula

***“9.1.- (...) El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 del Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.***

**Segundo.-** A la presente licitación se presentaron 12 licitadores. Tras la tramitación del procedimiento de licitación y en la fase de conocimiento de las ofertas económicas se observa que la oferta presentada por la recurrente tiene carácter desproporcionado, procediéndose a requerir de la justificación de viabilidad de la oferta según lo establecido al efecto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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). Con fecha 17 de octubre la recurrente presenta la justificación de viabilidad de su oferta que es informada el día 22 de octubre. Con fecha 24 de octubre y por Orden de la Consejera de Políticas Sociales y Familia se rechaza la oferta presentada por la recurrente por considerarla inviable. Notificándose dicho acuerdo a la interesada el

26 de octubre de 2018, de conformidad con lo establecido en el art. 149.4 de la LCSP

**Tercero.-** El 6 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Servicios Sociales de Telecomunicaciones S.L.U., en el que solicita que se considere suficientemente justificada su oferta y en consecuencia sea admitida nuevamente a la licitación.

El 13 de noviembre de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP

**Cuarto.-** 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. Finalizado el plazo se ha recibido escrito de alegaciones formulado por Ferrovial Servicios S.A., de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

## 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.

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

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 24 de octubre de 2018, practicada la notificación el 26 de octubre de 2018, e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 6 de noviembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el rechazo de la oferta presentada por la recurrente al considerarse desproporcionada.

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

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. O, como

expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurso en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una*

*proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”.*

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que “en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación – “resolución reforzada”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras).

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede*

*analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.*

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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 decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, 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 pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

Por su parte el órgano de contratación realiza un informe por el que propone el rechazo de la oferta en base a las siguientes justificaciones.

En relación con la consignación de los gastos de seguridad social de los trabajadores, considera que en aplicación del convenio colectivo sectorial de Call Center debe subrogarse en el personal que prestaba el servicio y no en personal de la propia empresa. Al admitir este hecho consecuentemente no se justifican los verdaderos gastos en seguridad social.

En cuanto al cuarto teleoperador ofrecido como mejora, manifiesta la inviabilidad de no considerar este gasto en la justificación de la oferta, pues su oferta comprende también esta tercera persona. En cuanto a los gastos generales incide en la diferencia de concreción entre la oferta inicialmente presentada y la justificación de su viabilidad, donde disminuye en un porcentaje del 7%.

Ofrece así mismo como refuerzo de su motivación el siguiente cálculo: *“Hay que tener en cuenta que el salario establecido para un gestor telefónico en el Convenio Colectivo aplicable es de 16.497,28 euros al año, que por los dos años de ejecución previstos en el pliego suponen 32.994,56 euros, todo ello sin adicionar costes de Seguridad Social, y el porcentaje correspondiente de gastos generales y beneficio industrial. La cantidad de 32.994,56 euros imputables al gestor adicional ofertado, suponen un desfase de más del 17 % respecto a la oferta de la recurrente.*

*Parece razonable que el Órgano de contratación considere que la oferta no está justificada cuando no se contempla en la misma, al menos, un 17% del coste del servicio. Además como se ha citado anteriormente, conforme al artículo 149.4 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, el órgano de contratación debe rechazar cualquier oferta que incumpla el convenio colectivo de aplicación. Es obligación de la Administración, conforme al artículo 201 de la LCSP garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos en la ejecución de los contratos”.*

Ferrovial en su escrito de alegaciones viene a manifestar los mismos razonamientos que efectúa el órgano de contratación, en cuanto a la subrogación del personal, la consignación de los gastos de seguridad social, la obligatoriedad de

considerar al cuarto operador dentro de los gastos y la diferente apreciación del coste por gastos generales.

En consecuencia, con lo anteriormente manifestado este Tribunal ha comprobado la justificación de viabilidad efectuada por la recurrente pudiendo destacar:

1.- Obligación de subrogación del personal. Si bien el convenio colectivo de call center no establece propiamente dicho una subrogación total del personal, su aplicación bajo la textualidad de sus términos nos lleva a considerar que el noventa por ciento de la plantilla de este contrato deberá de proceder del personal que ejecutaba el anterior contrato. De esta forma no puede admitirse la justificación que efectúa el recurrente sobre la adscripción de personal de la propia empresa que en su condición de discapacitado goza de privilegios fiscales y de ausencia de cotizaciones a la seguridad social, toda vez que deberá subrogarse la posición de empresario para los cuatro trabajadores que provienen de la ejecución del mismo servicio. Es necesario advertir en este punto que según se establece en el artículo 149.4 *“los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque incumplen las obligaciones aplicables en materia social, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”*.

2.- En cuanto al cuarto teleoperador que se ha ofrecido por el recurrente como mejora y por ello valorado en su oferta, su falta de consignación en el presupuesto no es admisible, toda vez que al ofrecerlo hay que aportarlo.

3.- En relación con los gastos generales, parece que el recurrente no manifiesta un criterio uniforme, pues en su inicial oferta lo cifraba en un 11% sobre los gastos de personal y en la justificación lo cifra en un 4% sobre los mismos gastos.

4.- Por lo que se refiere al cálculo de las ofertas consideradas en baja temeraria, solo referir que la forma de calcular dicha baja se recoge en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas así mismo indicar que invocar juegos de cifras sobre el resultado de la oferta si se hubiera presupuestado mayor beneficio industrial en su propuesta carece de sentido y rigor alguno, al igual

que la comparación con el presupuesto del contrato que actualmente se está ejecutando.

Se ha comprobado así mismo los gastos de personal que corresponden a este contrato basados en los sueldos que se establecen en el convenio colectivo sectorial resultando:

Costes salariales

Coordinador	17.095,63	17.095,63
Gestor Telefónico	16.497,28 (x2+1)	49.491,84
Importe retribuciones		66.587,47
Cotización seguridad social	50.090,19 (32,60%)*	16.329,40
Total costes de personal		82.916,87
Gastos generales 4,10%		3.399,59
Beneficio industrial 1,10%		912,09
Coste anual		87.228,55

\*Seguridad social al 32,60% para el coordinador y dos gestores, entendiéndose que por el tercer gestor no tendrán que abonarse cuotas a la seguridad social por su condición de discapacitado.

A la vista de todo ello y siendo la propuesta económica efectuada por Servicios Sociales de Telecomunicación de 62.894,22 euros podemos comprobar cómo ni siquiera cubre los gastos derivados de las remuneraciones de los cuatro trabajadores con un desfase de 20.022,63 euros que no es cubierto con el beneficio industrial que ha sido presupuestado con 912,09 euros.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en el recurso planteado, se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad habiéndose reforzado la justificación del rechazo con los cálculos correctos del coste

efectivo de la oferta presentada y resultando de todo ello su inviabilidad, por lo que debe desestimarse el recurso presentado.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 especial en materia de contratación interpuesto por don J.P.P., en representación de la empresa Servicios Sociales de Telecomunicaciones S.L.U., frente el acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Política Sociales y Familia de fecha 24 de octubre de 2018 por la que se excluye de la licitación la oferta presentada por el recurrente en el contrato de “Servicio de apoyo para la asignación de plazas de residencia y centros de día para beneficiarios reconocidos en situación de dependencia de la Comunidad de Madrid” número de expediente 113/2018.

**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 de la LCSP.