

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

En Madrid, a 30 de octubre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por la representación de Acciona Medio Ambiente, S.A.U. (en adelante, Acciona), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Boadilla del Monte por el que se adjudica el contrato de “Servicios de mantenimiento, conservación y limpieza de las huertas del Palacio del Infante Don Luis en el municipio de Boadilla del Monte”, con número de expediente EC/27/19, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 28 y 31 de mayo de 2019, se publicó respectivamente en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de la licitación del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y un único criterio, el precio, siendo el valor estimado de 1.093.554,35 euros.

Segundo.- Al procedimiento de licitación concurren 27 empresas, incluida la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, la Mesa de contratación, en su reunión de 26 de julio de 2019, procedió a la apertura de las ofertas económicas y tras su estudio se acuerda requerir a las empresas Brócoli-Sifu Madrid, licitadoras en compromiso de UTE, la justificación de la viabilidad de su oferta puesto que se encontraba en el supuesto de baja desproporcionada, en aplicación de lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Tras la presentación de la documentación requerida y la emisión del preceptivo informe, la Mesa en su reunión de 27 de agosto de 2019, acuerda que la empresa ha justificado su oferta por lo que se propone la adjudicación del contrato a favor de la UTE Brócoli-Sifu Madrid.

Tercero.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de octubre de 2019, se adjudica el contrato de acuerdo con la propuesta de la Mesa.

El Acuerdo se notificó a las empresas el día 9 de octubre de 2019.

Cuarto.- El 8 de octubre de 2019, la representación de Acciona presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación del contrato.

El recurso argumenta en primer lugar que la justificación de viabilidad se basa en la obtención de una serie de beneficios y subvenciones destinadas a centros especiales de empleo de las que la UTE adjudicataria no puede beneficiarse, en segundo lugar que no se ha incluido determinados costes de personal y amortizaciones y en otros conceptos se han presentado infra-costes.

En consecuencia, solicita la anulación del acto de adjudicación y que se adjudique el contrato a la siguiente oferta económicamente más ventajosa.

Quinto.- Del recurso se dio traslado al órgano de contratación que envía al Tribunal copia del expediente administrativo y el preceptivo informe en el que argumenta que

del contenido del informe de viabilidad se desprende que la oferta económica de la adjudicataria cubre los costes derivados de la prestación del servicio por las razones que se analizarán al resolver sobre el fondo, por lo que solicita la desestimación del recurso.

Sexto.- 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 56.3 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 (en adelante LCSP), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado escrito la UTE adjudicataria de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que su oferta ha sido clasificada en segundo lugar por lo que la estimación del recurso podría colocarla en situación de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de valor superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el Acuerdo impugnado fue adoptado el 3 de octubre de 2019, notificado el día 9 e interpuesto el recurso el 8 de octubre, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad.

El artículo 149 de la LCSP, 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 149 de la LCSP, solo 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 esta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y solo 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, se prevé en dicho artículo que: *“La petición de información que la Mesa de contratación o, en su defecto, el Órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta”*. Y 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.

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 justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que

la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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 cuatro” 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.

En primer lugar alega la recurrente que *“la UTE Brócoli-Sifu Madrid fundamenta la viabilidad de su oferta en la circunstancia de que una de sus empresas integrantes, SIFU Madrid, tiene la condición de Centro Especial de Empleo, lo que le permite disfrutar de ciertas subvenciones y ayudas que minoran significativamente el importe de los costes laborales asociados a sus trabajadores. (...) No obstante, como se expondrá seguidamente, la UTE adjudicataria no puede beneficiarse de las subvenciones y ayudas a que pueda tener derecho una de sus sociedades integrantes, por la sencilla razón de que la normativa de aplicación impide a las uniones temporales de empresas acceder a esos programas de ayudas y subvenciones”*.

A continuación argumenta ampliamente que las uniones temporales de empresas no pueden ser beneficiarias de las ayudas y subvenciones al no tener personalidad jurídica.

El órgano de contratación en su informe expone que *“en el Informe Técnico emitido en fecha 9 de agosto de 2019, con objeto del análisis de la documentación aportada durante el trámite de audiencia para posible justificación de su oferta económica, y viabilidad de la misma, lo que se tuvo en cuenta fue la minoración de los gastos de personal, en función de las subvenciones que puede obtener la empresa SIFU, empresa integrante de la UTE, en su condición de Centro Especial de Empleo.*

Es dicha condición de Centro Especial de Empleo de la empresa SIFU, la que se alegó durante el trámite de audiencia, por parte de la UTE Brócoli-Sifu Madrid, como motivación de los costes más bajos de personal, al poder obtener una exención de la cuota patronal de los costes de Seguridad Social, y la posibilidad de obtener una subvención del Salario Mínimo Interprofesional, por cada uno de los trabajadores contratados”.

La adjudicataria por su parte argumenta que *“la UTE no va a contratar a trabajador alguno, por lo tanto no es beneficiaria ni de ayudas, ni subvenciones, ni exenciones de cuotas patronales de la Seguridad Social. Esto ya se puso de manifiesto en la justificación de la oferta, en la cual se decía que “De igual manera*

como fórmula que permite al ahorro de costes está contemplado la contratación de los 4 Jardineros y los 3 Auxiliares de jardinero a través de la integrante de la UTE, Servicios Integrales de Fincas Urbanas Madrid, S.L., empresa la cual está calificada como Centro Especial de Empleo, empresa que tiene como objetivo principal la integración de personas con discapacidad dentro del mercado laboral,(...)” y siendo este un dato fundamental para justificar la oferta de esta UTE, el recurrente lo ha obviado, a sabiendas”.

El Tribunal comprueba que efectivamente en el escrito de justificación de la viabilidad de la oferta se señala claramente que una de las empresas integrantes de la UTE ostenta la condición de centro especial de empleo y que es la que contratará al personal con la categoría de jardinero y auxiliar de jardinero, beneficiándose de determinadas exenciones y bonificaciones que se detallan en la justificación.

La recurrente no discute la condición de centro especial de empleo de la empresa SIFU ni la posibilidad de obtener, en cuanto a tal, los beneficios alegados simplemente se refiere a la UTE por lo que habiendo quedado acreditado que no es la UTE la beneficiaria, procede desestimar el motivo de recurso.

En cuanto a los gastos de personal, considera la recurrente que no se han tenido en cuenta los costes de sustitución por vacaciones y por absentismo.

El informe señala que *“el Pliego de Condiciones Técnicas especifica las necesidades mínimas de personal necesarias para el servicio, y así como los días que deben cubrirse. En ningún momento se hace referencia a los turnos, horarios, y a la distribución en el tiempo de este personal, por lo que el cálculo que realiza el recurrente es una conjetura en base a la suposición de que todo el personal requerido trabaja a jornada completa y con horarios completos”.*

La adjudicataria respecto a esta cuestión alega que en su escrito de justificación se ha señalado que se incluye todos los costes según las necesidades descritas en los Pliegos.

Comprueba el Tribunal que el PPT prevé una plantilla mínima y un trabajo de 5 días a la semana todo el año y los sábados domingos y festivos un retén de dos operarios pero no establece la distribución de la plantilla por lo que no pueden asumirse los cálculos de la recurrente siendo posible con los costes de personal incluidos en la oferta de la adjudicataria cumplir las prestaciones del Pliego como ha entendido, el órgano de contratación.

Respecto a los costes de amortización de los vehículos la recurrente afirma que *“en relación con el “vehículo tipo club car con caja eléctrico” se contemplan 3 unidades. Sin embargo, solo se hace referencia al coste de uno de ellos, pues se limita a señalar un precio unitario de 8.255,00 euros y una amortización anual total de 2.063,75 euros a realizar en cuatro años, que evidentemente sólo tiene en cuenta el coste de uno de los tres vehículos propuestos.*

En realidad, atendiendo a las unidades ofertadas y al coste unitario indicado, el coste total a amortizar ascendería a 24.765,00 euros, que supone un gasto anual de amortización de 6.191,25 euros. Ello supone un aumento de los costes en 4.172,50 euros, es decir, un 30,28% más de los contemplado en el desglose económico de la oferta de la UTE”.

El Tribunal constata que en el escrito de justificación en el que se indica que en los vehículos y maquinaria *“se ha aplicado la parte proporcional anual, en función de la amortización de cada elemento. Así hay medios para los cuales se ha calculado una amortización incluso superior al periodo contractual, incluida prórrogas, ya que los integrantes de la UTE, prestan servicios en otros centros, a los cuales se les podría asignar dichos vehículos o medios en caso que no se completara la amortización de los mismos”.* Sin embargo en el cuadro se ha omitido la amortización de dos vehículos.

La adjudicataria en su escrito de alegaciones reconoce que existe una errata en el cuadro justificativo de estos costes y que la amortización se refiere a los tres vehículos.

En todo caso la diferencia de 6.189 euros no pone en riesgo la viabilidad del contrato pudiendo asumirse con cargo a la partida de gastos generales por lo que el motivo debe ser desestimado.

Finalmente respecto a los demás gastos que la recurrente considera valorados por debajo de los costes que viene en el estudio del PCAP, el órgano de contratación entiende que son admisibles puesto que *“tanto la UTE como la recurrente disponen de sus proveedores, por lo que se entiende que los Costes de la Central de Compras de Acciona no deben ser referencia para este caso”*.

De todo lo anterior se deduce que en el supuesto que nos ocupa, se debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 149.2 de la LCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; que el informe se encuentra debidamente motivado y por tanto habiéndose justificado la viabilidad de la misma resulta razonable su admisión y procede desestimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 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, interpuesto por la representación de Acciona Medio Ambiente, S.A.U., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Boadilla del Monte por el que se adjudica el contrato de “servicios de mantenimiento, conservación y limpieza de las huertas del Palacio del Infante Don Luis en el municipio de Boadilla del Monte”, con número de expediente EC/27/19.

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.- Levantar la suspensión producida en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

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 59.1 de la LCSP.