

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

En Madrid, a 3 de febrero de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Grupo Tangente S.Coop.Mad., contra el acuerdo del Delegado del Área de Gobierno de Familia, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid de fecha 17 de diciembre de 2021, por el que se adjudica el contrato “Gestión de un espacio de igualdad en el distrito de Latina”, Expediente 300/2021/00321, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, con fecha 21 y 19 de agosto de 2021, respectivamente se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 848.780,94 euros y su plazo de duración será de 18 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron nueve empresas, entre ellas la recurrente.

En la sesión de la Mesa de contratación celebrada en fecha 25 de octubre de 2021, se procedió a la apertura de los criterios valorables mediante cifra o porcentaje de todas las ofertas presentadas. En la citada sesión se apreció que la proposición presentada por la Asociación Candelita se encontraba incurso en presunción de anormalidad.

La Mesa de contratación de 11 de noviembre de 2021, a la vista de la justificación aportada por la Asociación Candelita, sobre los términos de su oferta, y en base al informe emitido por los servicios técnicos de la Subdirección General de Políticas de Igualdad que obra en el expediente, de fecha 2 de noviembre de 2021, la Mesa de contratación, acuerda proponer al órgano de contratación su aceptación y la adjudicación del contrato.

Con fecha 17 de diciembre de 2021, se adjudica el contrato de referencia.

Tercero.- El 15 de enero de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Grupo Tangente S.Coop.Mad (en adelante Grupo Tangente), por el que solicita la anulación de la adjudicación del contrato de referencia.

El 20 de enero de 2022, el órgano de contratación remitió el 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo

establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 27 de enero de 2022, tiene entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones efectuadas por la adjudicataria, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho Quinto de esta Resolución.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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 notificado el 28 de diciembre de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 15 de enero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación 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.- En cuanto al fondo del recurso se fundamenta en que la justificación de precios anormalmente bajos presentada, en ningún caso se justifica en qué se sustenta la bajada de precio. Por lo tanto esta situación constituye una vulneración del procedimiento establecido en los Pliegos, que constituyen la norma que rige la licitación, y que debiera tener como consecuencia, en aplicación del artículo 39 de la LCSP y 47 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la nulidad de la adjudicación, al haberse apartado el órgano de contratación a la hora de dictar dicha resolución, del procedimiento legalmente establecido.

Señala que el órgano de contratación viene a sustentar que la adjudicataria cumple con las obligaciones en materia laboral y como es una entidad sin ánimo de lucro puede cumplir con el contrato, aun rebajando el precio a valores considerados anormales en aplicación de los Pliegos. Esta situación supone, en primer lugar una clara discriminación y desigualdad en el trato respecto al resto de licitadoras que si han cumplido con la normativa, presentando una oferta correcta y ajustada a la licitación. Se vulneran, por tanto los artículos 1 y 132 de la LCSP, ofreciendo un trato discriminatorio a una entidad que, por su forma jurídica, carece de ánimo de lucro, permitiendo esta circunstancia justificar una bajada en el precio, bajada que, de haber sido realizada por otra de las entidades licitadoras, si hubiera supuesto la exclusión de la licitación.

Por su parte, el órgano de contratación alega que por el hecho de que la oferta del adjudicatario estuviera en “*presunción de anormalidad*”, no implica per se, la imposibilidad de resultar adjudicatario de un contrato, sino la necesidad de instruir el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para que justifique y desglose razonada y detalladamente las condiciones de su oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes. Por lo tanto, no es posible la aplicación automática de los criterios de temeridad para rechazar una oferta, tal y como pretende la recurrente con su petición.

Añade que es doctrina consolidada de los Tribunales de resolución de recursos contractuales que, en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión, mediante una motivación “*reforzada*”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación.

En relación a los costes de personal relación señala que se afirma expresamente en el informe “*que se permite el cumplimiento de las obligaciones que en materia laboral implica la prestación del presente contrato*”, siendo unos costes tasados por convenio, perfectamente calculables y cuantificados en el expediente y que significan en torno al 74,08 % del precio del contrato sin IVA, que pueden ser asumidos perfectamente con la oferta realizada.

Respecto al resto de las partidas denominadas y descritas como otros costes directos, hacen referencia según el estudio económico del expediente a: equipamiento informático; teléfonos móviles; licencias de software; servicio de mantenimiento informático y asistencia técnica; servicio de telecomunicaciones; material de oficina y consumibles informáticos; y mantenimiento de mobiliario. Igualmente se prevé un Seguro de responsabilidad civil y material de protección individual. La propuesta como adjudicataria alega que los importes previstos se reducen considerablemente ya que

la mayoría de las partidas que se contemplan en él, son partidas de las que ya dispone la entidad y que no incrementaría su coste ampliar las coberturas al servicio objeto del contrato en el supuesto de mantenimiento y asistencia técnica. Igualmente señala que algunas de las partidas las cubren con donaciones en especie (ejemplo: mascarillas y gel hidroalcohólico). Y algunos de los equipos informáticos y de telecomunicaciones necesarios los tienen ya como parte del inventario.

Señala que ninguno de los argumentos que expone, son desvirtuales o desmontables, entrando dentro de la lógica de la organización de cualquier entidad, máxime cuando esta entidad ya ha sido, en otros contratos anteriores en el tiempo, adjudicataria de otros servicios destinados a la puesta en marcha y explotación de Espacios de Igualdad, esto es, similares al objeto contractual que ahora nos ocupa.

Por último, respecto a los costes indirectos o costes generales, que se estiman en un 4% de los costes directos, al igual que el beneficio industrial estimado en un 4% en el estudio económico, alega la entidad que, en el caso de los gastos generales *“aplicamos en este apartado un porcentaje menor ya que nuestro volumen de facturación nos permite optimizar y repartir este gasto”* y en el supuesto del *“beneficio industrial”*, se señala que: *“al tratarse de una Entidad ‘sin Ánimo de lucro’ y cuyo objetivo no consiste en obtener beneficios económicos sino ‘beneficios sociales’ este apartado no supone ninguna carga para el contrato”*.

Por su parte, la adjudicataria alega que la naturaleza jurídica de la Asociación Candelita, es una asociación sin ánimo de lucro, con reconocimiento de utilidad pública, aparejada a unas consecuencias fiscales. En este sentido, de entre todas las proposiciones efectuadas por distintas entidades, también existen diversas asociaciones sin ánimo de lucro, que igualmente y en mismas condiciones efectuaron sus ofertas. Es decir, la naturaleza jurídica de la entidad, no ha sido factor que permita efectuar una oferta más competitiva, como pretende hacer valer la recurrente. Por otra parte, no debe obviarse que la propia entidad recurrente es una sociedad cooperativa,

entidad de economía social, a la que igualmente pueden aplicarse beneficios fiscales, que no tendrían las sociedades mercantiles que también han licitado.

Concluye señalando que la naturaleza jurídica de cualquiera de las entidades licitadoras que han participado en la licitación, no permite por sí misma, aplicar normas específicas o más favorables desde el punto de vista de la competencia, en materia laboral, reducción de precios en proveedores, etc.; es decir, ningún beneficio adicional se aplica a las entidades sin ánimo de lucro respecto de aquellas que no tienen dicha condición.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si se ha justificado la baja temeraria y si el informe sobre su justificación está suficientemente motivado.

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 resulta inviable”*.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa 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 anormalidad 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 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.).

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 ha de ser *“reforzada”*, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

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.

En el caso que nos ocupa, debemos tener en consideración, en primer lugar, que la proposición presentada por la entidad Asociación Candelita, se encuentra en presunción de anormalidad al haber ofertado un precio de 352.352,00 euros, por debajo en 734,40 euros al referido umbral de anormalidad.

El recurrente fundamenta su discrepancia básicamente en que la justificación de la baja temeraria se ha basado en que la adjudicataria es una entidad sin ánimo de lucro, lo que le permitiría ejecutar el contrato al precio ofertado. Esta circunstancia es discriminatoria a juicio del recurrente respecto al resto de licitadores.

Como hemos señalado anteriormente, 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 que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato.

Nada impide que una entidad sin ánimo de lucro, fundamente su oferta en la ausencia de la búsqueda de un beneficio determinado, ya que otra cosa sería desconocer la realidad jurídica y económica de la misma. En este sentido, el TACRC en su Resolución 106/2016, afirma lo siguiente: *“Desde esta perspectiva, una vez determinada, de conformidad con los pliegos que rigen el contrato, que una oferta económica resulta anormal o desproporcionada, el órgano de contratación requerirá al licitador que la justifique y, una vez presentada esa justificación, el examen deberá centrarse en la viabilidad de la oferta económica, analizando las partidas que puedan determinar si cabe que la misma sea razonablemente cumplida por el oferente, o no, sin referencia, lógicamente, a aspectos técnicos de la oferta, los cuales, por hipótesis, se han examinado en trámites previos. Pues bien, en lo que a ese examen se refiere, éste sólo puede tener alcance limitado, en los términos expuestos de esa viabilidad o*

posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta realizada por cada licitador incurso en esa desproporcionalidad, pero no cabe extender, al menos como principio, ese análisis a aquellas partidas que, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quedan al arbitrio del licitador o empresario quien los puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, o menos las reglas de contratación determinen fórmula o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas. En suma, ese examen que corresponde efectuar al órgano de contratación deberá limitarse a la consideración de entender o no justificada la oferta de forma suficiente con la aportación explicativa o documental que realice el empresario. (...) Dicho esto, lo que no cabe de manera alguna, es que obtenida una explicación razonable o suficiente por el órgano de contratación, este trate de considerar inviable la oferta económica, mediante la discusión de partidas que en nada afectan a esa posibilidad de cumplimiento de la misma, como ocurre cuando lo que se discute son las partidas de gastos corrientes, que en principio, se trata de gastos propios del empresario, o costes del mismo, derivados, directa o indirectamente del contrato desarrollado y, en general, de difícil individualización, y en todo caso, de determinación libre para el licitador, o, como ocurre también con el propio beneficio industrial que se incluye por el empresario licitador en la cuantía que se estime adecuada pero sin que en principio se atisben reglas que exijan que los mismos se adecuan a una cuantía o proporción específica en el contrato. Estas partidas, que vinculan al oferente, no afectan en principio, y nada se dice al respecto, en el caso que nos ocupa por el órgano de contratación, al contrato y a la viabilidad de la oferta que debe centrarse, tal y como alega en sus recursos el recurrente, en las partidas principales de la oferta económica, que son las que afectan de forma sustantiva al propio contrato licitado, tal y como ocurre con las que se corresponde con los gastos derivados de materiales y de personal, siendo estos lo que afectan a la posibilidad o imposibilidad de adecuación a la realidad de la oferta económica presentada y son estos, y no otros, en definitiva, en los que debe centrarse el análisis o estudio del órgano de contratación en el trámite que ahora se analiza, correspondiente a la comprobación de las justificaciones presentadas para determinar

si alguna de las ofertas consideradas desproporcionadas o anormales, debe considerarse como de imposible cumplimiento o inviable”.

En el caso que nos ocupa, dado que el mayor coste es referido a mano de obra, con unos costes tasados por convenio, perfectamente calculables y cuantificados en el expediente y que significan en torno al 74,08 % del precio del contrato, sobre los que el recurrente no realiza ninguna observación respecto a la justificación de la baja temeraria, debe entenderse que pueden ser asumidos perfectamente con la oferta realizada.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Grupo Tangente S.Coop.Mad., contra el acuerdo del Delegado del Área de Gobierno de Familia, Igualdad y Bienestar Social del Ayuntamiento de Madrid de fecha 17 de diciembre de 2021, por el que se adjudica el contrato “Gestión de un espacio de igualdad en el distrito de Latina”, Expediente 300/2021/00321.

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 automática prevista 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 de la LCSP.