

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

En Madrid, a 4 de febrero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Adecuación de Alternativas, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de las Rozas de fecha 23 de octubre de 2020, por el que se inadmite la oferta presentada por el recurrente y se adjudica el contrato de servicios de “Información y Atención Telefónica a la ciudadanía a través del teléfono 010” número de expediente 2020002SER, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Las Rozas alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 16 de marzo de 2020, 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 4.015.107,22 euros y su plazo de

duración será de dos años con prorrogas anuales hasta alcanzar cinco años en total.

A la presente licitación se presentaron 13 licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Tras la oportuna tramitación del procedimiento de licitación la Mesa de contratación en su sesión de 13 de mayo de 2020, determinó que se encontraban en baja temeraria las siguientes ofertas:

- Adecuación de alternativas, S.L.
- Marketing de personas, S.L.
- Factudata XXI, S.L.

En consecuencia, se concede un plazo a fin de que justifique la viabilidad de su oferta.

En base a la justificación presentada por la recurrente, la Mesa de contratación, en su sesión de 24 de junio de 2020, acuerda proponer la exclusión de la oferta de la recurrente así como la de Marketing de personas, S.L.

Con fecha 13 de noviembre de 2020, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de las Rozas acuerda adjudicar el contrato a Factudata XXI, S.L.

El recurrente solicita acceso al expediente al órgano de contratación que no obtiene respuesta.

Tercero.- El 3 de diciembre de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Adecuación de Alternativas, S.L., en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta.

El 4 de enero de 2021, 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 (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.- Con fecha 12 de enero de 2021, este Tribunal acordó autorizar al recurrente el acceso al expediente, que tras su consulta provocó una ampliación del recurso recibida el día 22 de enero de 2021, y una ampliación del escrito del órgano de contratación que se recibió el 25 de enero de 2021.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la adjudicataria 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 1 de febrero de 2021, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones en el que se centra en la defensa de la viabilidad de su oferta, aceptada como tal por informe técnico solicitado por el órgano de contratación invocando la reiterada doctrina jurisprudencial que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten y concluyendo que la viabilidad de su oferta se centraba principalmente en los beneficios fiscales y de seguridad social que obtiene por su consideración como centro especial de empleo.

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 excluida, *“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 23 de octubre de 2020, practicada la notificación el 12 de noviembre de 2020, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 3 de diciembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación 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.- En cuanto al fondo del recurso se concreta en la discrepancia que el recurrente mantiene con el contenido del informe técnico que asume la Mesa de contratación para acordar la propuesta de inadmisión de su oferta por no haber justificado convenientemente su viabilidad.

Considera el recurrente que el órgano de contratación ha apreciado *“un nuevo”* criterio de adjudicación al establecer un rango mínimo del 18 al 20 % de incremento

por ajustes de dimensionamiento y tiempos de espera. Así como que no aprecia correctamente los conceptos de horas de formación, de descanso, de absentismo y otros criterios que afectan a la prestación del servicio.

Considera asimismo que el Pliego Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) no indica el número mínimo de horas de prestación del servicio, lo cual le habilita para organizarlo como considere más eficaz. Ello a su vez le habilita para disminuir la dedicación de horas efectivas y determinar los descansos. Considera suficientemente dotado el gasto por absentismo.

Incluye en su oferta un capítulo de imprevistos que albergaría todos los posibles desvíos por los motivos laborales antes indicados.

En su ampliación al recurso, basa su la defensa de sus pretensiones en el estudio de la oferta adjudicataria y en la crítica a su contenido con el fin de poner de relieve su inviabilidad. El recurrente carece de legitimación para solicitar la inadmisión de la justificación de Factudata XXI, S.L., pues aun en el caso de que fuera acertada, ningún beneficio le reportaría, pues la inadmisión de su propuesta no conlleva la admisión de la presentada por la recurrente, por lo que no se tienen en cuenta las alegaciones efectuadas en este sentido.

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, 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 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, como la

Resolución 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 la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

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.

En el concreto caso que nos ocupa, e informe elaborado en su momento contiene una correcta motivación que se reproduce en el escrito al recurso en su ampliación y que manifiesta: “Sobre la oferta presentada por ADECUACIÓN DE ALTERNATIVAS S.L., volver a indicar que:

- a) *Supone una reducción del precio del contrato de un 42,36% de baja sobre el presupuesto base de licitación, tratándose de un contrato en el que la mano de obra es intensiva, ya que el coste salarial supone el 82,74% del coste del contrato.*
- b) *Es incierto que el pliego de cláusulas administrativas no indique número de horas mínimo de prestación del servicio. En su cláusula V, para justificar el presupuesto base de licitación establece un mínimo de horas de prestación del servicio, en cómputo anual, de 31.520 horas.*
- c) *Disminuye la dedicación horaria en un 7,6% (diferencia entre 29.120 horas anuales previstas como máximo en su oferta y 31.520 horas anuales fijadas*

como mínimo en el pliego), para un número de llamadas superior en un 25% al número de llamadas previstas, alterando, a su conveniencia, los tiempos de no ocupación.

d) En los cálculos presentados para justificar su oferta, se incluye, erróneamente, una pausa de 35 minutos como tiempo de descanso por visualización de pantalla, cuando de la aplicación del convenio colectivo (5 minutos por cada hora), resulta un tiempo mínimo de descanso de 40 minutos. Eso hace que el cálculo previsto, sin considerar la optimista previsión del recurrente en cuanto a los tiempos de espera, por los tres conceptos quede desfasado, ya que resultaría una tasa prevista de no ocupación del 16,75% en lugar de la prevista del 15,71%, dando lugar a un incremento de horas, en cómputo anual, de 262 horas, cifra para la que no está prevista cantidad alguna para su remuneración.

e) Justifica su oferta considerando que contempla una partida de 12.000,00 € anuales para imprevistos. Siendo esto cierto, también es cierto que disminuye el porcentaje de gastos generales del 13% (PCAP) al 10% (estudio económico presentado en la justificación de su oferta, en principio desproporcionada), por lo que, aun dando por buenas (costes necesarios para prestar el servicio), que es mucho dar, las cifras contempladas en su estudio, la cantidad correspondiente a gastos generales aplicando el 13% daría un total de 88.143,22 € en lugar de la cantidad de 67.802,47 € que figura en su escrito de justificación. Es decir, realmente está contemplando (sin justificación alguna) que los gastos generales sean 20.340,75 € inferiores a los contemplados en el pliego, por lo que, aun considerando la cifra de 12.000,00 € de imprevistos, la realidad es que los gastos generales, descontando la partida de imprevistos, habría quedado reducida en 8.340,75 €, sin justificación alguna.

f) En los tiempos de espera considera un tiempo de espera de 20,45 minutos por cada jornada de trabajo, equivalente, de forma aproximada, a 3 minutos por hora, lo que supone un flujo, prácticamente, continuo de llamadas, cuando el propio pliego de prescripciones técnicas indica que se trata de un servicio de nueva implantación, razón por la cual las estimaciones y previsiones que se

efectúen han de ser muy prudentes, ya que se trata de un servicio de información telefónica sobre el que se carece de experiencia previa alguna.

g) No contempla el coste anual del aval complementario que sería de obligada exigencia, en el caso de resultar adjudicatario (1.045,00 € anuales).

h) Entre los costes del contrato, no se incluyen los imputados a la formación específica del personal que preste el servicio.

i) Considera un porcentaje de absentismo del 3%, cuando estudios de mercado sobre contact center lo fijan en el 10,87%.

Todas las anteriores faltas de justificación en su oferta, teniendo en cuenta que el servicio objeto del contrato es intensivo en mano de obra, impidieron al órgano de contratación considerar justificada la misma”.

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 ni en su momento, ni 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, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

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 representación legal de Adecuación de Alternativas, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de las Rozas de fecha 23 de octubre de 2020, por el que se inadmite la oferta presentada por el recurrente y se adjudica el

contrato de servicios de “Información y Atención Telefónica a la ciudadanía a través del teléfono 010” número de expediente 2020002SER.

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.- Dejar sin efecto 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.