

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

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Aebia Tecnología y Servicios, S.L. (en adelante Aebia), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, de fecha 22 de junio de 2021, relativo a la exclusión del procedimiento y adjudicación del contrato de servicios “Para el recurso municipal especializado para la realización de actuaciones contra la violencia de género y para la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Colmenar Viejo”, número de expediente: 13703/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 21 y 23 de enero de 2021 se publicó, respectivamente en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la convocatoria del contrato de servicios de referencia, para su adjudicación electrónica por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 494.806,60 euros con un plazo de duración de 1 año, prorrogable hasta un máximo de 4 años.

Segundo.- A la licitación se presentaron once licitadores, entre ellos la recurrente.

La Mesa de contratación de fecha 30 de abril de 2021, propone al órgano de contratación excluir la oferta de Aebia incurso en baja anormal, por los motivos recogidos en el informe técnico emitido por la Trabajadora Social, y adjudicar la licitación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en el que han sido clasificadas.

Con fecha 22 de junio de 2021 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, a propuesta de la mesa de contratación de 2 de junio, adjudicó el contrato a la oferta más ventajosa en su conjunto presentada por la Asociación Trabe, notificada a los interesados y publicada en el perfil de contratante el 2 de julio de 2021.

Tercero.- El 20 de julio de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Aebia, contra el Acuerdo de adjudicación y exclusión por temeridad del contrato de servicios, en el que solicita la anulación del acuerdo impugnado, acordando en particular la readmisión de su propuesta, con la consecuente retroacción del procedimiento al momento en el que se excluyó la oferta de Aebia, de manera que, una vez aplicadas las fórmulas matemáticas de valoración, el órgano de contratación determine la adjudicación a favor del licitador que obtenga la máxima puntuación conforme a los criterios de adjudicación previstos en los pliegos de condiciones. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del presente recurso, sin necesidad de prestar caución o fianza alguna puesto que no se produce ningún perjuicio por la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- El órgano de contratación el 23 de julio de 2021, remitió el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 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), solicitando la desestimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 20 de agosto de 2021 se reciben en el Tribunal las alegaciones presentadas por la representación de Trabe.

Sexto.- 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 en el artículo 21.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), y 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 no solicita en su informe el levantamiento de la medida cautelar.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por la representación de empresa legitimada para ello al haber sido excluida su proposición al contrato por oferta anormalmente baja, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o 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”.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de exclusión impugnado fue notificado y publicado el 2 de julio e interpuesto recurso ante este Tribunal el 20 de julio de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto, se concreta en determinar si la oferta presentada por la recurrente es viable o no.

La recurrente en su escrito de interposición manifiesta que la mesa de contratación a la vista de las magnitudes económicas ofertadas le requiere la oportuna justificación económica de su oferta al incurrir presuntamente en temeridad, señalando que incurre en dicha situación por apenas 12.000 euros en un contrato cuyo valor estimado asciende a 494.806,60 €, o lo que es lo mismo por un 2,45% del valor total del contrato. El 20 de abril de 2021 presenta justificación de su oferta, aportando un extenso y detallado análisis sobre todos los costes vinculados al servicio: materiales, personales, así como la experiencia, conocimientos y recursos, que justificaba la viabilidad económica de su propuesta, ratificándose en la misma, siendo rechazada por el informe técnico de la trabajadora social en términos bastante parcos, teóricos y genéricos, por no quedar garantizada la calidad de la ejecución del servicio. El informe asumido íntegramente por la Mesa y el Órgano de Contratación propicia la exclusión de Aebia.

En este sentido alega que ha aportado un completo dossier, con una extensa justificación en la que reflejó la valoración de los ahorros que permitían la oportuna ejecución del contrato, la identificación de las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones excepcionalmente favorables para su ejecución, así como su amplia experiencia profesional en la materia y su implantación geográfica local, justificándose de modo coherente y extensamente el origen de los ahorros que aplicaban al contrato:

- Cumplimiento estricto de los costes laborales derivados de la aplicación del Convenio Colectivo con relación al personal adscrito a la ejecución del contrato, computando incluso las mejoras salariales del Convenio Colectivo de Intervención Social correspondientes a los ejercicios 2022 y 2023 para el supuesto de prórroga del contrato.
- Disponibilidad previa de equipo humano altamente cualificado y con experiencia consolidada en el ámbito objeto del contrato.
- Experiencia previa de Aebia en servicios similares, en el Ayuntamiento de Colmenar Viejo, y ante otras entidades cuyo objeto contractual abarcan las prestaciones objeto de licitación.
- Bonificación de los costes de formación por la Fundación Tripartita para la formación del Empleo (FUNDAE).
- Disposición previa de existencias vinculadas a materiales EPI, amortizadas.
- Sinergias derivadas por la prestación de otros servicios, que le permitían no imputar costes derivados de absentismo laboral (4%) ni bajas por sustituciones de vacaciones.
- Disponibilidad de certificados de calidad y gestión medioambiental, normas ISO.

Aebia alega que el Informe técnico municipal no justifica que el proyecto global sea técnicamente inviable al precio ofertado, frente a nuestras justificaciones de costes y determinación de las condiciones favorables que justifican la oferta económica del servicio. Asimismo, indica que simplemente ha evidenciado su experiencia en este Ayuntamiento y otras instituciones públicas como un elemento ejemplificativo de su solvencia técnica y profesional, pero sin basar exclusivamente su oferta económica en este hecho. En definitiva, considera que su exclusión requiere de una resolución reforzada que no se ha dado en el presente caso, y dicha falta hace que no resulte ajustado a Derecho su exclusión del procedimiento.

Sexto.- Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el informe técnico señala claramente que el Ayuntamiento no puede aceptar la bajada de precio de la recurrente al afectar a la calidad del servicio, dado que si la calidad no es adecuada el contrato no puede ejecutarse conforme a las especificaciones contenidas en los pliegos, los cuales determinan la calidad que se pretende y se exige con la ejecución del contrato, considerando que se ha de garantizar la prestación y ello no se conseguiría con una proposición que contenga valores desproporcionados.

Asimismo, indica que la baja que presenta Aebia es de un 30,08% sobre el presupuesto base de licitación anual de 123.701,65 €, baja que dista mucho del resto, resultando desproporcionada. El informe considera que la justificación aportada no está suficientemente detallada y sus justificaciones son puramente teóricas, siendo improbable que la empresa pueda realizar el servicio por la cantidad ofertada. Además, plantea que la afirmación de la recurrente de que pueden asumir riesgos económicos que redundaría en bajos beneficios o incluso pérdidas para ella, confirman que el servicio no se puede realizar por la cantidad ofertada. La experiencia con otras entidades no garantiza el desempeño de las actividades, señalando la Técnico municipal que *“En caso de resultar adjudicatario y en una situación futura de bajada de la calidad en la prestación del servicio, incapacidad acreditada para la correcta ejecución o incumplimiento de las condiciones acordadas en el contrato, supondría la imposibilidad de llevar a cabo un servicio esencial como es la atención a las víctimas de violencia de género y sus familiares dependientes de ellas”*.

En cuanto a la ausencia de resolución reforzada alega que la Técnico municipal hace mención a cuestiones concretas, no teóricas, al informar que es improbable que la recurrente pueda realizar el servicio proyectado por la cantidad ofertada *“pues, se basa en hipotéticos que pueden no ser posibles o que pueden modificarse en cualquier momento, sin que pueda mediar su intervención como por ejemplo, incorporar sin costes, personal desde otras unidades de la propia empresa en caso de tener que cubrir suplencias u obtener beneficios fiscales o reducciones en costes al incorporar personal específico como personas con minusvalía o paradas de larga duración que además deben cumplir con las exigencias de titulación, formación específica y experiencia”*.

Además, menciona que la justificación de Aebia sobre su experiencia en Colmenar Viejo se basa únicamente en una parte del servicio licitado, el de atención del PMORVG pero que, no corresponde a la totalidad de la programación, gestión y desarrollo de las actividades del Programa, donde sus supuestos descuentos se basan en: el volumen de actividades y en el hecho de participar en otras entidades y contratos que, pueden dejar de ejecutarse en un momento indeterminado, comprometiendo los precios calculados.

Concluye indicando que en el Informe queda patente la imposibilidad de ejecutarse el contrato conforme a lo previsto a los pliegos y están perfectamente motivadas las razones por las que no se considera justificada la oferta económica del recurrente, aceptar la bajada de precio ofertada supondría una merma de la calidad del servicio y correcta ejecución del contrato, difícilmente asumible por el Órgano de contratación.

Séptimo.- La adjudicataria en su escrito de alegaciones plantea que la recurrente señala que su baja es de tan sólo un 2,45%, comparando para ello el valor estimado del contrato con su propuesta de adjudicación, cifras éstas que no son en absoluto equiparables, si se compara su propuesta con la siguiente de menor importe, la baja supera ampliamente el 18%. Si su oferta se compara con el importe máximo anual del anuncio de licitación, la baja supera el 40% del precio ofertado.

Por otra parte, alega que el recurso se presenta con fecha 20 de julio, contra un acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Colmenar Viejo de fecha 22 de junio, por lo que dado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la LCSP, el plazo para interponer el recurso es de 15 días hábiles contados a partir de la notificación del acto que se recurre, entendemos que presumiblemente se ha presentado fuera del plazo legalmente establecido para ello, y con la única pretensión de retrasar la adjudicación, por un interés particular en continuar desarrollando actividades que se deberán adjudicar en este nuevo contrato.

Por último, señala que aportó, a requerimiento del órgano de contratación, la fianza exigida el 20 de mayo, gasto preceptivo para la formalización lo que supone un perjuicio económico a esta parte, que se incrementa con el retraso injustificado en la presentación del recurso, y que entendemos puede ser objeto de reclamación.

Octavo.- Este Tribunal en primer lugar ha de señalar que no procede inadmitir el recurso interpuesto por Aebia, como solicita la adjudicataria, conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, dado que aunque el acuerdo de adjudicación fue adoptado el 22 de junio, no se notificó a los interesados y publicó en el perfil de contratante hasta el 2 de julio, por lo que de conformidad con el cómputo del plazo previsto en el artículo 50.1.d) y la disposición adicional decimoquinta de la LCSP el recurso se interpuso dentro de plazo.

En cuanto al fondo del recurso se constata que en la tramitación del expediente de contratación se cumple con lo dispuesto en la cláusula decimosexta del PCAP relativa a los criterios para la consideración de que la oferta económica contiene valores anormales o desproporcionados, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP.

El artículo 149 de la LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Como viene manifestando este Tribunal en anteriores resoluciones, la justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando por 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.

Así, es regla común general en el Derecho español, por influencia del Derecho Comunitario, la de adjudicar el contrato a favor de la oferta económicamente más

ventajosa, estableciéndose como excepción que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados, sin que implique como hemos dicho la exclusión automática, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia para que el licitador justifique la viabilidad económica de su proposición, recabando los asesoramientos técnicos procedentes, sin que sea necesaria una prueba exhaustiva, bastando acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora.

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 de asesoramiento técnico 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. Circunstancia que no se da en el presente caso pues tanto la recurrente como el órgano de contratación argumentan y justifican su respectiva posición.

En todo ello se debe resaltar 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 preceptivos 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 mencionado anteriormente 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.

Es doctrina reiterada de los Órganos de resolución de recursos contractuales que en la determinación de si una oferta anormal o desproporcionada está o no justificada rige el principio de discrecionalidad técnica, según la cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (Resolución 336/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía).

Se observa que la recurrente en su escrito de interposición altera el porcentaje de baja ofertado al comparar su oferta con el valor estimado del contrato de servicios, en lugar de compararlo con la magnitud homogénea que es el presupuesto de licitación por lo que la baja real ofertada no es del 2,45 % alegado sino de más del 30 %, como efectivamente señalan tanto el órgano de contratación como la adjudicataria. Es evidente que la bajada ofertada por Aebia es muy relevante, por el contrario a lo que pretende hacer ver en sus alegaciones, baste citar a los efectos que con la siguiente oferta más baja media casi un 18 % de descuento sobre el precio. En cuanto al planteamiento de Aebia relativo a que de los posibles incumplimientos futuros en la prestación del servicio se podría predicar de cualquier otro licitador, sin perjuicio de que de las incidencias respondería el régimen sancionador previsto en el contrato, es

evidente que, aunque incumplimientos siempre se pueden producir en cualquier contrato, sin duda se acentúan las probabilidades de que se den incumplimientos contractuales, o prestaciones defectuosas del servicio, debido a bajas desproporcionadas, siendo lógico no efectuar dicha presunción de aquellos licitadores que hayan realizado ofertas económicas conforme a mercado sin incurrir en presunción de anormalidad o desproporción.

Por otra parte, si bien la recurrente no efectúa una concreta desagregación de costes hemos de convenir con el órgano de contratación en que no se puede computar como justificación de la baja en costes salariales la mera alusión, no acreditada ni justificada, a teóricas bonificaciones por la contratación de personal con minusvalía o en paro de larga duración, ni imputar ningún tipo de coste a la formación, ni a las sustituciones por absentismo y vacaciones.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso presentado por Aebia, al no apreciarse en la actuación del órgano de contratación vulneración de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, ni en el artículo 149 de la LCSP, y en virtud del criterio de discrecionalidad, dado que no se observa error, arbitrariedad ni ausencia de motivación en la decisión adoptada por el Ayuntamiento.

Noveno.- En cuanto a la alegación de la adjudicataria relativa a los perjuicios económicos que la interposición del recurso le va a ocasionar por el retraso en la formalización del contrato, en relación a los gastos que se derivan de tener depositada la garantía definitiva, consideramos que no procede su indemnización conforme a lo dispuesto en el artículo 58.1 de la LCSP.

El citado artículo 58 al regular las indemnizaciones y multas, por un lado en su apartado 1 prevé que *“El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de*

contratación.”, por lo que dado que el recurso se ha desestimado sin haberse detectado infracción legal por parte del Ayuntamiento, y manteniéndose la adjudicación del contrato efectuada en favor de Trabe, no procede acordar la citada indemnización. Y, por otro lado, este Tribunal tampoco considera oportuno la imposición de multa, al no observar que se haya producido una manifiesta temeridad o evidente mala fe por parte de la recurrente, en aplicación de lo dispuesto en su apartado 2 al determinar que “En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.”

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 de la empresa Aebia Tecnología y Servicios, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, de fecha 22 de junio de 2021, relativo a la exclusión del procedimiento y la adjudicación del contrato de servicios “Para el recurso municipal especializado para la realización de actuaciones contra la violencia de género y para la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Colmenar Viejo”, número de expediente: 13703/2019.

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 del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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.