

Recurso nº 402/2023

Resolución nº 412/2023

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

En Madrid, a 23 de noviembre de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Spezial Outsourcing, S.L., contra la Resolución 1719/2023, de 3 de noviembre, del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Servicios auxiliares para 7 centros de mayores adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social” de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, número de expediente A/SER-022779/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Mediante anuncios publicados el 8 de septiembre de 2023, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 13 en el DOUE y el 18 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 1.903.431,20 euros y su plazo de duración será de 24 meses con posibilidad de prórroga por otros 24 meses.

A la presente licitación se presentaron seis empresas, entre ellas la recurrente.

**Segundo.-** Realizada la calificación de la documentación administrativa y posterior apertura de las proposiciones económicas y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, se identificó como oferta que se encontraba incursa en presunción de anormalidad, entre otras, la de la empresa Spezial Outsourcing, S.L., por lo que de conformidad con el artículo 149.4 de la LCSP se le requirió para que justificase su oferta, que fue presentada por ésta y analizada la misma se concluye en el informe técnico, de fecha 27 de octubre de 2023, que la oferta no es viable.

La mesa de contratación, reunida el 3 de noviembre de 2023, asume el informe técnico y propone al órgano de contratación el rechazo de la oferta de la recurrente que es aceptado mediante la Resolución 1719/2023 del mismo día.

**Tercero.-** El 15 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Spezial Outsourcing, S.L., en el que solicita que se admita su oferta y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 20 de noviembre de 2023, 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) solicitando la desestimación del recurso y oponiéndose a la suspensión del procedimiento.

**Cuarto.-** No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

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

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 3 de noviembre de 2023, practicada la notificación el 7 e interpuesto el recurso el 15, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

**Quinto.-** Alega la recurrente que el motivo principal por el que se rechaza su oferta es por no justificar los gastos de personal. Sin embargo, considera que el informe técnico se basa en premisas erróneas y no realiza una argumentación reforzada.

Así, el informe técnico señala que: *“Respecto al coste de personal estima un importe sin especificar el precio hora ni mencionar los pluses que constan en los certificados del personal a subrogar publicados como Anexo III en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que rigen el contrato.*

*Tampoco aplica ni hace referencia al coste en Seguridad Social de los empleados no bonificados que, de acuerdo a dichos certificados, asciende aproximadamente a un 20% de las horas totales del contrato (incluido el Coordinador). No menciona ni cuantifica el salario del Coordinador ni el correspondiente coste en Seguridad Social”.*

Oppone la recurrente que en su informe justificativo de bajada temeraria indicó que el servicio de acuerdo con los pliegos consistía en 62.969 horas, que efectivamente era por toda la duración del contrato (24 meses) y no anual como indicaba el informe técnico. A su juicio es obvio que es esas 62.969 horas/24 meses, equivaldría a 18,30 personas a jornada completa (teniendo en cuenta que la Jornada del XV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad es de 1.720 horas/año).

Asimismo refiere, cuando se indica en el Informe Técnico *“(...) que esos gastos ascienden aproximadamente a un 20% de las horas totales del contrato”*, entienden que se trata de un error grave, por cuanto que en el Anexo III del listado de personal a subrogar facilitado, sólo hay 5 trabajadores no bonificados -de un total de 33- y todos ellos con jornadas parciales, (75,09% 71,43% 75,32%, 77,92% y 48,86%), por tanto, ese *“sobre coste”* de Seguros Sociales de un 20% se aleja de la realidad.

Asimismo, y dadas la últimas reformas laborales en España, sólo se permite muy puntualmente contratos temporales, y, bajo la premisa de la contratación indefinida, los trabajadores no están adscritos a una obra o servicio concreto, sino a personal de servicios de la propia empresa, teniendo ésta la potestad de adscribir a sus empleados en función de las necesidades de servicios que precisen.

Por tanto, para el coste de personal a adscribir al servicio del expediente de la licitación de referencia, se tuvo en cuenta esas 18,30 personas por el salario mínimo interprofesional 2023 (15.120 euros), que por los 24 meses del servicio sería 553.541,44 euros. Igualmente, se tuvo en cuenta como partida de vacaciones del personal durante la ejecución del servicio (24 meses) un total de 46.128,45 euros.

Por tanto, el coste total del personal asciende a 599.669,89 euros, cifra muy superior a la tenida en cuenta por el propio órgano de contratación en el cálculo del presupuesto de licitación 560.74258 euros.

En cuanto al coste de personal del Coordinador, esta parte consideró no tenerlo en cuenta en su cálculo de costes salariales, porque si bien aplica en la licitación la subrogación obligatoria del personal de acuerdo al artículo 130 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y el artículo 27.1. en su letra a) del XV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, la subrogación se producirá respecto a los *“Trabajadores/as en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los tres últimos meses, sea cual fuere la naturaleza de la relación laboral y la modalidad contractual”*.

En este sentido, el objeto del servicio se trata de prestar los servicios auxiliares a desarrollar en siete centros de mayores adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid dotándoles de las funciones previstas en la Cláusula 4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> de los Pliegos de Prescripciones Técnicas de la Licitación.

Si bien, la cláusula 7<sup>a</sup> indica que además de los medios personales anteriores, la empresa dispondrá de un responsable o persona en quien delegue designado a tal efecto, disponible en horario de lunes a domingo de 9 a 21 horas, a efectos de la coordinación y seguimiento de la ejecución del mismo, siendo dicho responsable el encargado de supervisar los trabajos. Es claro, que esta figura es la que hace de enlace entre la empresa, empleados adscritos al servicio y la Administración, no

estando adscrito a centro alguno, y como prueba de ello, se demuestra en el Anexo III donde indican que no está adscrito a un centro de trabajo concreto. Es claro pues, que es la figura de Supervisor o Coordinador que toda empresa de este sector necesita para supervisión, gestión, dirección y seguimiento del funcionamiento de todos sus servicios, y no sólo de uno concreto, figura que nunca se adscribe en el listado de personal a subrogar salvo que se quiera “despistar” al resto de empresas licitadoras como incremento de costes de personal.

Por lo que respecta al absentismo, el Informe Técnico indica que “*aunque el porcentaje que aplica es muy inferior al estimado en la Memoria Económica del Expediente, no existen datos oficiales al respecto que lo contradigan*”.

En cuanto al porcentaje de beneficio Industrial, el Informe Técnico indica que “*sería muy amplio, únicamente calcula una cifra resultante de operar entre ingresos y costes*”, pero nada indican respecto de las subvenciones explicadas. Al respecto señala la recurrente que en su informe justificativo de baja temeraria consta como beneficio “*un margen muy amplio*”, es porque arrojaba un beneficio de 148.350,81 euros, todo ello gracias en parte a la partida de subvenciones, que no se han mencionado en ninguna parte del informe técnico y que además aportó en su justificación la solicitud de las subvenciones, puesto que estaban pendientes de resolver, y las mismas se notificaron en fecha posterior. No obstante adjunta al recurso la Orden de Concesión.

Por su parte el órgano de contratación opone que en relación a los costes de personal manifestó que debido a su condición de CEE contaba con las siguientes ventajas económicas: bonificación del 100% de la cuota empresarial de la Seguridad Social y subvenciones del coste salarial de los trabajadores con discapacidad que pueden alcanzar entre el 40% y el 60 % del salario mínimo interprofesional, habiendo tomado como media el 50% porque del personal a subrogar todos los trabajadores contaban con discapacidad reconocida, pero no conocía el alcance particular de cada

uno de ellos. Por lo que cuantificó la subvención que recibiría en concepto de salarios en 299.754 euros para los 24 meses de ejecución del contrato.

Señala que el cálculo realizado por la recurrente es erróneo pues los costes salariales que constan en el pliego son superiores dado que ascienden a 645.736,94 euros, lo que confirma que no tuvo en cuenta el coste del coordinador figura que es esencial en este tipo de contratos y que está presupuestada en el expediente de contratación.

En relación con los costes de Seguridad Social señala que, si bien la mayoría del personal cuenta con una bonificación del 100%, hay cinco trabajadores, como reconoce la recurrente, que no están bonificados por lo que habría que añadir un importe superior a 35.000 euros por este concepto.

Igual sucede con el coste del coordinador que entre salario y seguridad social suponen 55.092,11 euros.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la oferta incursa en anormalidad se encuentra justificada.

El artículo 149 LCSP, regula las ofertas anormalmente bajas, refiriéndose a la posible justificación presentada por el licitador y a su valoración por la mesa de contratación, en el siguiente sentido:

*“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.*

*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.*

(...)

*En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.*

*Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.*

(...)

*6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.*

*Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”.*

La doctrina consolidada respecto a la justificación de las ofertas anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo que dice: *“Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:*

*‘La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el cuadro de adjudicación explice los motivos de aceptación.*

*Como también señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, ‘El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos...’ (...) De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que ‘la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por*

*la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones'. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable (...)".*

*(...)*

*"En este contexto, la justificación del licitador incuso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato".*

En el caso que nos ocupa, como se ha expuesto en los antecedentes, la mesa de contratación requirió a Spezial Outsourcing, S.L., en aplicación del artículo 149.4 de la LCSP, para que presentara justificación de la viabilidad de la oferta. Dicha justificación fue rechazada en el informe técnico y posteriormente por el órgano de contratación.

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal analizar si el informe técnico en que se fundamenta la exclusión de la recurrente se basa en premisas errónea o carece de motivación suficiente.

Al respecto es necesario precisar que en la justificación que aporta Spezial Outsourcing, S.L, indica “*INGRESOS ANUALES*” por lo que no se existe error en el informe técnico, sobre todo si tenemos en cuenta que en dicho informe explica “*no obstante, los cálculos efectuados parece que se corresponden a ese número de horas por los dos años de contrato*”.

Lo mismo sucede sobre las alegaciones vertidas en relación con las subvenciones que obtiene por ser un centro especial de empleo, toda vez que se toma en consideración en el informe técnico: “*Considerando que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con fecha 5 de octubre de 2018, en la Resolución nº 884/2018 y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid con fecha 10 de julio del 2019, en la Resolución nº 300/2019, acuerdan que se proceda a la admisión de las justificaciones que están basadas en subvenciones, se han procedido a revisar los costes que justifica la empresa*

Asimismo, yerra la recurrente al señalar que sus costes de personal son superiores a los establecidos en el pliego pues en su oferta ascienden a 599.699,98 euros, mientras que en el pliego se cuantifica en 645.736,94 euros, esto es inferior en 46.037,05 euros.

Este Tribunal no puede estar de acuerdo con las alegaciones efectuadas por la recurrente sobre la ausencia de cuantificación de los gastos del coordinador pues su cuantía está presupuestada en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) con un importe de 41.422,64 euros y que incluyendo los costes de seguridad social calcula el órgano de contratación que ascienden a 55.092,11 euros. Además, a este coordinador se le asignan unas funciones determinadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

A lo anterior hay que añadir que tampoco ha establecido el coste de seguridad social de los cinco trabajadores no bonificados, aunque sea a jornada parcial, que el órgano de contratación cuantifica en 35.000 euros teniendo en cuenta esta parcialidad.

Al margen de que existan otras discrepancias entre el órgano de contratación y la recurrente en relación con otros gastos que no es preciso valorar, lo cierto es que de acuerdo con lo expuesto anteriormente no ha justificado determinadas partidas de los gastos de personal, considerando este Tribunal que es razonable que el órgano de contratación concluya que no queda acreditada la viabilidad de la oferta.

Por ello, dado que el informe técnico está debidamente motivado y que no se aprecia error ni arbitrariedad, procede la desestimación del recurso.

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la suspensión del procedimiento de licitación solicitada.

**En su virtud**, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## ACUERDA

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Spezial Outsourcing, S.L., contra la Resolución 1719/2023, de 3 de noviembre, del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Servicios auxiliares para 7 centros de mayores adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social” de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, número de expediente A/SER-022779/2023.

**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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.