

Recurso nº 385/2021
Resolución nº 422/2021

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Ferrovial Servicios, S.A., contra la Orden 1248/2021 de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de 26 de julio de 2021, por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Gestión de la residencia de personas mayores afectadas de la enfermedad de Alzheimer de Getafe (Madrid)”, número de expediente 098/2020 (A/SER-02841/2020) este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 16 de noviembre de 2020, en el DOUE, el 23 de noviembre de 2020, en el BOCM y el posterior 14 de diciembre de 2020, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 8.660.575,62 euros y su plazo de

duración será de tres años, con posibilidad de prórroga de 2 años.

A la presente licitación se presentaron 5 empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Mediante Orden de 26 de julio de 2021, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social se acuerda excluir de la licitación a Ferrovial Servicios, S.A., (en adelante FERROVIAL) por no considerar justificada su oferta incursa en valores anormalmente bajos.

Tercero.- El 12 de agosto de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FERROVIAL en el que solicita que se anule el acto impugnado y se retrotraigan actuaciones readmitiendo a dicha entidad en el procedimiento de licitación. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El 17 de agosto 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 acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 19 de agosto de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- 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 jurídica 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 26 de julio de 2021, practicada la notificación el 28 de julio, e interpuesto el recurso el 12 de agosto de 2021, 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.- En cuanto al fondo del recurso considera FERROVIAL que ha presentado una justificación completa de su oferta y que ha asumido en todo momento el posible riesgo que supone la ejecución y gestión de los servicios y con ello de manera expresa de todos los costes asociados a los mismos, considerando el proyecto rentable en su conjunto y pone de manifiesto la capacidad empresarial y financiera del recurrente.

En relación con el requerimiento que se le ha efectuado para que justifique su oferta reprocha que no facilita la labor de justificación que debe efectuar la recurrente al desconocer en qué conceptos debe justificarse la oferta y los términos, aspectos concretos y forma de la justificación sobre los que el órgano de contratación desea obtener explicaciones de forma desglosada y suficientemente razonables, que puede dar lugar a que las explicaciones no justifiquen de forma suficientemente razonable el bajo nivel de precios o costes propuesto a juicio del órgano de contratación. Igualmente manifiesta sus discrepancias sobre la comparativa que realiza el informe técnico sobre los consumos de IBI, vados, luz, agua, gas, con los pliegos, pues dicha comparativa se debió realizar sobre consumos reales.

En sus alegaciones hace referencia a las diferencias salariales que se pueden asumir con el beneficio industrial. En relación con los costes de materiales y materias primas, que la administración no considera justificados, son fruto de acuerdos marco con empresas de los sectores en los que FERROVIAL opera habitualmente, igualmente en cuanto a la partida de alimentación, productos de limpieza, lavandería y materiales de mantenimientos refiere que son fruto de distintos acuerdos por lo que aporta diversa documentación para corroborar esos descuentos según su criterio.

En defensa de sus pretensiones, el recurrente añade que es una empresa especialista en la prestación de servicios Facility Management y que tiene acreditados los servicios que presta en el ámbito de los centros residenciales y centros de día bajo la ISO 158.101.

Continúa en su alegato que el informe técnico considera justificados los costes directos y que los costes indirectos deben ser analizados por la administración desde otra perspectiva radicalmente distinta y analiza cada una de sus partidas por lo que considera que su oferta no puede ser rechazada.

Por su parte el órgano de contratación alega que en el caso que nos ocupa la condición de una motivación reforzada de la exclusión, se entiende cumplida

sobradamente, pues en el informe de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia se analiza de forma extensa y detallada cada una de las partidas de los costes de la oferta consignados en la justificación de FERROVIAL, costes de personal, gastos corrientes en bienes y servicios, gastos derivados de los criterios de calidad y beneficio industrial.

Por lo que se refiere al requerimiento efectuado para justificar la oferta el órgano de contratación opone que en el mismo consta: “*especialmente respecto a los costes de personal y costes indirectos, mediante la presentación de aquella información y documentación que resulten pertinentes a estos efectos*” por lo que de la lectura correcta del mismo no se puede intentar sostener el recurso en una supuesta deficiencia del mismo pues la entidad pudo fundamentar su oferta y justificar sus precios anormalmente bajos con el grado de detalle y con la documentación que considerase oportuna sin restricción alguna, de manera que la falta de justificación es únicamente atribuible a la empresa.

En segundo lugar, manifiesta el órgano de contratación que el recurrente se apoya en su recurso en documentación que no se había aportado con anterioridad por lo que no se pudo tener en cuenta en su momento. Esta circunstancia es común a casi todas las partidas de gastos analizadas en el recurso que hace que invalide la gran mayoría de los argumentos del recurrente. La aportación en este momento de nueva documentación justificativa no puede ser admitida por extemporánea, ya que debió aportarse en el momento procedural oportuno, esto es, dentro del plazo que se otorgó a la recurrente para justificar su oferta. Además de que esa documentación nueva no pudo ser valorada por la mesa de contratación en su momento, el trámite de recurso no puede convertirse en una segunda oportunidad de justificar la oferta o de corregir las deficiencias de la justificación inicial, ya que conculcaría el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En defensa de sus pretensiones cita varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre ellas, la resolución 532/2014

del TACRC que establece “*Ello determina que el examen del Tribunal se haya de limitar necesaria y exclusivamente a los documentos incluidos en el expediente de contratación (en este concreto caso, en la oferta de la UTE recurrente y en la documentación aportada en trámite de subsanación), que son los que fueron considerados en su día por la Mesa de Contratación al acordar la exclusión impugnada, debiendo inadmitirse en fase de prueba documentos nuevos, aportados en sede de 475/2014 recurso, que (sin perjuicio de no estar mencionados en el PCAP a efectos de acreditar la solvencia técnica) no fueron aportados por la recurrente ni al tiempo de presentar su oferta ni al efectuar la subsanación de la misma, siendo éste un criterio consolidado del Tribunal (por todas, Resoluciones 196/2011, de 27 de julio, 236/2011, de 11 de octubre, o 475/2014, de 18 de junio)*”.

Manifiesta el órgano de contratación que a pesar de que, tal y como se establece el informe de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia de 15 de julio de 2021, los costes de personal se entienden justificados en la oferta de FERROVIAL, hay otros muchos componentes importantes del servicio, tanto cuantitativa como cualitativamente, cuyos costes en la oferta deben ser justificados: alimentación, limpieza, mantenimiento, transporte, y otros, además de los relativos a los criterios de calidad y que en todos esos apartados la justificación aportada por la recurrente impedía considerar viable la oferta.

Alega el órgano de contratación que “*es muy significativa la alusión a los seguros exigidos en los pliegos acerca de los que el informe de Dirección General mencionado era muy claro: La empresa licitadora no ha incluido en el coste total de su oferta, ni en el desglose de este apartado, denominado consumos e impuestos, ni en otros apartados de su documentación justificativa de la oferta el coste correspondiente a los distintos seguros exigidos en pliegos, lo cual supone la ausencia de un gasto que debe formar parte de la oferta económica y que supone un gasto repetitivo e ineludible del contrato respecto del presupuesto calculado por la administración. Sin embargo, ahora no sólo se dan explicaciones acerca de los mismos, sino que se aporta la póliza en la que se supone que se incluyen los seguros*

requeridos.

También resulta significativa la alusión a los consumos de agua, electricidad y gas o gasóleo de calefacción que la empresa justificaba en la realización de una gestión eficiente de los mismos y en la realización de estudios y actuaciones de optimización que no se detallaban ni se justificaban y que ahora en el texto del recurso, no solo no se explican ni justifican, sino que se alude a que como estarían fuera del objeto del contrato debían de ser en su caso asumidas por la Administración ya que textualmente se dice: 'Con respecto a los cálculos de los costes realizados, no se basan en la realización de inversiones sino en estudios e información técnica realizados conforme a la información aportada en los pliegos, que además en todo caso deberían ser aprobadas por la CAM, como titular del edificio, contra presupuesto adicional, ya que estarían fuera del objeto del contrato'. Esto es, la baja en la oferta se basa en este apartado en la realización de inversiones adicionales por parte de la Comunidad de Madrid, lo cual es inadmisible.

En apartados como mantenimiento y limpieza y lavandería, manutención, comunicaciones, se continúa con la aportación de explicaciones y la aportación de documentos que no se realizaron en la justificación original y por tanto no pudieron tenerse en cuenta.

Por último, en relación con los criterios de calidad sucede otro tanto, aportándose explicaciones que no se encontraban en la justificación original y que, en su caso, convertían la aceptación de la misma en un acto de fe".

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar las distintas cuestiones planteadas.

Respecto al requerimiento efectuado a FERROVIAL para que justifique su oferta, señalar que el tenor literal es el siguiente: "justifique y desglose 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, especialmente respecto a los costes de personal y costes indirectos, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos presentando la

información y documentos que resulten pertinentes firmados digitalmente por su representante legal”.

De dicho requerimiento se desprende que, tal y como indica el órgano de contratación, la justificación insuficiente de la oferta del recurrente es imputable únicamente al mismo, pues pudo presentar toda la documentación que considerase oportuna.

Ahora en vía de recurso tal y como ha reiterado el TACRC en diversas resoluciones la función revisora del Tribunal determina que su enjuiciamiento se ha de limitar a la comprobación del acto recurrido (la exclusión del recurrente de la licitación) si es o no ajustado a derecho sin atender a datos o documentos que no fueron incluidos en su momento, todo ello en aras del principio de igualdad de trato de los licitadores y de seguridad jurídica en el desarrollo del procedimiento.

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 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 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 incursa 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 rzone 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.

Consta en el expediente el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta de FERROVIAL en el que se analizan cada uno de los gastos de forma detallada y pormenorizada, donde se pone de manifiesto la falta de concreción y acreditación que justifiquen los datos numéricos aportados. En dicho informe concluye que si bien en el apartado de coste de personal pueden considerarse debidamente justificadas, en relación con los costes indirectos desde el inicio de su informe justificativo la empresa sienta sus bases en la capacidad de la empresa y en la posibilidad de ajustar los costes del contrato a la cifra ofertada aprovechando economías de escala sin ofrecer justificación u ofreciendo una justificación muy escasa sin aportar facturas, presupuestos o documentos que validen los datos económicos especificados, ni más detalles al respecto, ni las condiciones reales ofrecidas por otros proveedores convirtiendo este apartado en un acto de fe sobre la viabilidad de la oferta. Igualmente, por lo que se refiere a las mejoras únicamente aparece las cifras de coste en el cuadro sin más explicación. Por lo que considera que la oferta no ha quedado debidamente justificada.

A la vista del informe sobre la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por FERROVIAL este Tribunal considera que el mismo se encuentra debidamente motivado y dentro del ámbito de discrecionalidad técnica 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 su virtud, previa deliberación, por unanimidad, 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 Ferrovial Servicios, S.A., contra la Orden 1248/2021 de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de 26 de julio de 2021, por la que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “Gestión de la residencia de personas mayores afectadas de la enfermedad de Alzheimer de Getafe (Madrid)”, número de expediente 098/2020 (A/SER-02841/2020).

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 del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 19 de agosto de 2021.

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.