

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

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Fantasía Extraescolares, S.L., (en adelante Fantasía) contra el Decreto 2022/8994, de 6 de octubre, por el que se adjudica el lote 1 del contrato “servicio de actividades extraescolares en los colegios públicos del Municipio de Pinto - lote 1 Actividades extraescolares en horario de tarde”, expediente 2022/67, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de julio de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 1.015.743,00 euros.

Segundo.- A la presente licitación, para el lote 1 se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

La mesa de contratación, en su sesión de 8 de octubre de 2022 considera como incurso en presunción de temeridad para el lote 1 la oferta presentada por Proactiva Formación S.L., requiriéndole para que, en el plazo de tres días, presente la justificación de su oferta conforme a lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP.

Con fecha 6 de octubre de 2022, se publica en la Plataforma de Contratación el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta económica anormalmente baja, de fecha 14 de septiembre de 2022, en el que la técnico que lo suscribe considera favorable la justificación de la empresa para ejecutar la prestación y garantizar el servicio satisfactoriamente.

Mediante el Decreto 2022/8994, de 6 de octubre, se adjudica el lote 1 del contrato “*servicio de actividades extraescolares en los colegios públicos del Municipio de Pinto - Lote 1 Actividades extraescolares en horario de tarde*” a la empresa Proactiva Formación S.L.

El acuerdo se publicó Plataforma de la Contratación el 14 de octubre de 2022.

Con fecha 20 de octubre de 2022, Fantasía presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 1.

Tercero.- El 26 de octubre de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación 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 respecto al lote 1 por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia

Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Quinto.- La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 8 de noviembre de 2022 la empresa adjudicataria ha presentado alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso.

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 empresa clasificada en segundo lugar cuyos derechos e intereses legítimos se pueden ver afectados (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 de exclusión se publicó el 14 de octubre de 2022 e interpuesto el recurso el día 20 de octubre, por tanto se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en la indebida admisión de la oferta del adjudicatario incurso en presunción de temeridad, por considerar que no ha quedado suficientemente justificada.

A su juicio, en el informe de justificación se omite información necesaria que aumentaría los costes del servicio, basándose en meras exposiciones de trabajos anteriores y suposiciones sobre determinados costes, sin la concreción exigida.

Destaca la inclusión de información de solvencia técnica, irrelevante para la justificación de la oferta económica presentadas por la adjudicataria, ocupando hasta 2 de las 5 páginas de su justificación, para incluir un detalle de los diferentes programas y proyectos realizados, así como para dar pinceladas sobre algunos detalles de su infraestructura empresarial, que en nada importan para determinar si el desembolso económico propuesto se ajusta a la licitación.

Respecto a los 6 coordinadores de centro exigidos en el pliego señala que directamente no aparecen en los cálculos presentados por la empresa para su justificación. Los 6 coordinadores/as omitidos por Proactiva Formación, S.L., uno por centro, deberían estar en las instalaciones durante el tiempo de servicio. Es decir, estos coordinadores/as coincidirían en categorías y horas con el coordinador/a general que sí han mencionado, aunque con tareas diferentes. Mientras el coordinador/a general se encargaría de la supervisión del servicio, siendo intermediario de empresa y Ayuntamiento, los coordinadores de centro se encargarían de la atención y gestión del servicio en las instalaciones. Es decir, tienen el mismo calendario de trabajo, mismas horas de trabajo y misma categoría laboral, esto es, los 6 coordinadores tendrían, cada uno, el mismo coste que la adjudicataria ha valorado para su coordinador/a general. Por tanto, el adjudicatario debería de haber indicado en su justificación el coste de estos 6 coordinadores. Al tener mismo calendario, horario y categoría, cada coordinador también le costaría a Proactiva Formación, S.L. 11.340 euros, esto es: $6 \times 11.340 \text{ euros} = 68.040 \text{ euros}$, que habría que adicionar a

los gastos recogidos por la adjudicataria en su insuficiente justificación y que, sin embargo, fueron omitidos.

Añade “La explicación anterior es más que suficiente para considerar que la propuesta realizada no ha tenido en cuenta la realidad del proyecto, lo que sorprende por haber sido PROACTIVA FORMACIÓN, S.L. la empresa que ha venido gestionando el servicio hasta la fecha. Parece que se han “olvidado” de un coste tan grande y significativo como este que, además, está exigido en el propio pliego. Lo que a su vez deja perpleja a esta parte ya que la técnico encargada de valorar esta justificación, en ninguna parte de su informe lo indica”.

Por otro lado, señala que se ha producido una valoración de partidas de forma insuficiente, o basadas en actos de fe, en las mejoras relacionadas con la difusión a las familias y la valoración en 4.000 euros del material necesario para el desarrollo de las actividades.

Por su parte, el órgano de contratación alega que en el recurso interpuesto no hay ninguna referencia al informe de la técnica municipal, no se indica que el mismo no sea motivado o que no valore las justificaciones aducidas por el licitador. En consecuencia, al no recogerse ninguna alegación contra el informe de la técnica municipal ni alegarse que el mismo sea arbitrario, el recurso especial en materia de contratación debería desestimarse.

Señala que examinado el objeto del contrato, se desprende que el mayor gasto del programa corresponde al capítulo del personal. Conforme se recoge en el “Anexo final información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación al objeto de permitir una exacta evaluación de los costes laborales”, el gasto total anual en personal del personal subrogado asciende, salvo error, a 79.243,58 euros que multiplicando este importe por los dos cursos de duración del contrato el gasto total sería de 158.487,16 euros cuando en la justificación se recoge un gasto de personal por importe de 273.453,25 euros, incluyendo la mejora,

lo que supone una diferencia de 114.966,09 euros. Debe señalarse que se contempla en las retribuciones un incremento para tareas de coordinación, cuestión que preocupa tanto a la recurrente.

No puede rechazarse la justificación si se deduce que los costes cubren los salarios de los trabajadores teniendo en cuenta el convenio sectorial de aplicación.

En cuanto al resto de las partidas considera que podrá discutirse si sus importes son o no son suficientes, pero será durante la ejecución del contrato cuando se comprobará la correcta ejecución del contrato. En este momento, y en caso de incumplimiento, se impondrá al contratista las penalidades previstas en el PCAP y se exigirá que cumpla con las obligaciones contraídas.

Por su parte, el adjudicatario considera de interés, en contra de lo alegado por la recurrente, hacer referencia a la solvencia técnica de la empresa a la hora de justificar su oferta. Cita el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece textualmente lo siguiente: *“6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”*. Por ello, considera que el Ayuntamiento de Pinto ha valorado no sólo la justificación puramente económica de la oferta presentada, sino también la acreditada solvencia técnica de la empresa que se detalla en la misma, de la que, además, puede dar fe el propio Ayuntamiento, al que se le ha prestado este mismo servicio por la empresa con anterioridad durante varios años, siendo la anterior adjudicataria del contrato.

Señala que el material disponible y capital humano ya existentes en la empresa que se ofrece poner a disposición del programa son una mejora respecto de lo requerido en los pliegos, por lo que no es necesario detallar pormenorizadamente los elementos que lo componen, dado que las mejoras son incrementos en la calidad del servicio que ofrece la licitadora, respecto de las que los pliegos no exigen ni el

concepto, ni el detalle pormenorizado de su composición. Afirma que el gasto para la adquisición de esos materiales ya se ha tenido en cuenta, pero no se repercute en el programa porque la empresa ya ha realizado el gasto anteriormente y dispone de esos materiales.

Respecto a la justificación de los gastos de personal señala que la empresa dispone de catorce personas con diferentes perfiles profesionales, que la empresa tiene contratadas de forma permanente y que pone a disposición de sus programas, es decir, que no son contratadas de forma específica para los programas, pero realizan funciones en favor de cada uno de ellos conforme a sus necesidades. En el presente programa será el personal fijo de la empresa el que atienda a funciones tales como las mejoras relacionadas con la difusión a las familias; la gestión del espacio web; la atención telefónica a las familias; la elaboración de un vídeo de las actividades realizadas y su entrega a la Concejalía de Educación, todo ello sin coste adicional para el programa, ya que se incluye dentro de las funciones del personal de la empresa, pagado por la misma.

En contra de lo manifestado por la recurrente (que la empresa ha omitido a los seis coordinadores, uno dedicado a cada centro escolar, y que su inclusión supondría un coste adicional de unos 68.040 euros a la oferta económica), sostiene que no existen contradicciones en relación a los coordinadores que requiere el programa. Adjunta un cuadro con los seis coordinadores, exigidos por el pliego, uno por centro, que se van a destinar a cada uno de los centros escolares identificándolos por sus iniciales, DNI, fecha de contratación, titulación y centro de adscripción. Estos coordinadores forman parte de la plantilla de la empresa y destinan una parte relevante de su jornada al programa, sin coste para el mismo, ya que sus salarios se sufragan a costa de la empresa y de la reinversión de sus beneficios, por ello sus perfiles no aparecen en la oferta económica asociada a un gasto del programa. La coordinadora para el conjunto del lote 1, que es quien está en contacto con la Técnica de la Concejalía de Educación responsable del Servicio de Actividades Extraescolares, exigida por el pliego, destina el 50% de su jornada que es una jornada

completa, al programa y cuyo coste se indica en la tabla de subrogación. Esta coordinadora dedica la mitad de su jornada al programa, esto es, 19,25 horas semanales al mismo; y es la misma que venía haciendo ya estas funciones frente al Ayuntamiento de Pinto en los dos últimos cursos escolares en que la empresa fue adjudicataria, a entera satisfacción del mismo. Esta coordinadora estará durante su jornada presencialmente en cada uno de los seis centros cuando se la requiera y destinará a su trabajo una jornada equivalente a un 25,64% de una jornada completa, que se traduce en 10 horas semanales (dos horas diarias) de octubre a mayo, y 15 horas semanales (tres horas diarias) los meses de septiembre y junio.

Finalmente, respecto a las mejoras valorables, señala que conforme a la oferta económica presentada por la empresa, se ofrece la totalidad de las mejoras valorables, en relación a las cuales, la recurrente cuestiona que la puesta a disposición de un espacio web para la información; elaboración y distribución de 5.000 folletos informativos; elaboración y distribución de 20 carteles informativos; o elaboración de un vídeo demostrativo de las actividades, destinado a la Concejalía de Educación pueda acometerse con un presupuesto de 560 euros. Sin embargo, este presupuesto está basado en la experiencia de la empresa que ha gastado importes similares en los otros proyectos que ejecuta y cuyo mayor coste pudo ser la implantación de un espacio web para comunicación con los padres y las familias, pero este coste está ya amortizado por haberse ya creado y utilizado en este y otro proyectos, por lo que, en este programa, carece de coste alguno para la Administración.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la justificación de la oferta incurso en temeridad es suficiente y si la aceptación por el órgano de contratación ha sido motivada.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de

contratación, “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto*”, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “*la oferta resulta inviable*”.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad, rechazando la oferta 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 que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación, la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación resolución reforzada”*, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, sirva la nº 294/2018, de fecha 26 de septiembre.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la

sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que, como ya se ha dicho, corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que ha de ser “*reforzada*”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación, que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo, por tanto, de manera motivada, separarse de la propuesta.

En el caso que nos ocupa, el adjudicatario realiza una justificación coste total empresa por hora de intervención del coordinador y monitores dentro del convenio de ocio educativo, del material necesario para el desarrollo de las actividades durante dos cursos escolares, además de estos costes que se han ofertado como mejoras. Incluye un cuadro resumen de costes hasta llegar a su oferta de 362.817,00 euros, con un beneficio neto de 82.967,75 euros.

El informe técnico sobre la justificación de la baja temeraria analiza cada uno de los aspectos recogidos en la justificación, considerando suficientes a efectos de considerar viable la oferta presentada. De acuerdo con los criterios mantenidos por doctrina y jurisprudencia expuestos anteriormente debe considerarse que existe motivación suficiente, amparada en la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

La insuficiente justificación de la oferta a juicio del recurrente se centra principalmente en los costes de personal, circunstancia que a la vista de la documentación analizada no ha quedado acreditado.

Por todo lo anterior, debe considerarse que la actuación del órgano de contratación fue ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Fantasía Extraescolares, S.L., contra el Decreto 2022/8994, de 6 de octubre, por el que se adjudica el lote 1 del contrato “servicio de actividades extraescolares en los colegios públicos del Municipio de Pinto - Lote 1 Actividades extraescolares en horario de tarde”, expediente 2022/67.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el lote 1.

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.