

Recurso nº 76/2018

Resolución nº 108/2018

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

En Madrid, a 18 de abril de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.G.P., en nombre y representación de JC Madrid, Deporte y Cultura, S.L. , contra el Acuerdo de la Mesa de contratación, de fecha 14 de febrero de 2018, por el que se rechaza su oferta en la licitación del “Servicio de organización y prestación integral de diversos servicios y actividades de carácter recreativo a realizar en la Ciudad Deportiva La Fortuna”, tramitado por el Ayuntamiento de Leganés, número de expediente: 770/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 y 25 de julio de 2017 se publicó en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Leganés y el 2 de agosto en el BOE el anuncio de licitación del contrato de servicios denominado “Servicio de organización y prestación integral de diversos servicios y actividades de carácter recreativo a realizar en la Ciudad Deportiva La Fortuna”, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 3.291.535,13 euros y con precios unitarios.

Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso que en el apartado 9 del Anexo I del Cuadro de características del contrato (CCC) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en relación con los criterios de adjudicación atribuye 60 de un total 100 puntos a la oferta económica.

Respecto del sistema de determinación de bajas anormales o desproporcionadas señala que:

“1.- Se consideran bajas anormales o desproporcionadas todas aquellas ofertas realizadas cuya baja supere al menos en un 4% a la media de los porcentajes de baja de las ofertas admitidas.

2.- Teniendo en cuenta que el componente económico fundamental del presente contrato es el coste de la mano de obra, se incluye como parámetros objetivo en función de los cuales se apreciará que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la circunstancia de que las ofertas presentadas sean inferiores a los costes salariales mínimos por categoría profesional, según el convenio laboral que resulte de aplicación y costes de seguridad social, (...)”

Así mismo informa sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación: “*De acuerdo a lo recogido en el Convenio Estatal Instalaciones Deportivas y Gimnasios (BOE 2/10/2014) vigente en el momento de la adjudicación y que se especifica en anexo al pliego de prescripciones técnicas*”, habiendo publicado un listado de personal a subrogar perteneciente a la UTE FERROSER AOSSA LA FORTUNA de fecha 16 de noviembre de 2016.

En el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP), se detalla además el programa técnico de actividades a realizar y en el Anexo II la dotación y servicios a realizar, así como el horario de apertura al público de las instalaciones (excluido el tiempo de utilización de vestuarios antes y después de las sesiones).

Segundo.- A la licitación han concurrido cinco empresas, una de ellas la recurrente.

La Mesa de contratación en sesión celebrada el día 22 de noviembre de 2017 acordó que la oferta presentada por la empresa JC Madrid, Deporte y Cultura se encontraba incursa en baja desproporcionada, encargando al servicio de contratación el requerimiento de la justificación de la oferta presentada lo que realizó el 5 de diciembre de 2017, solicitando a la licitadora, por aplicación de lo establecido en el punto 9.1 del Anexo I del PCAP al haber ofertado una baja del 13,82 %, que supone una desviación superior al 4% de la media de las bajas, que presente debidamente desglosado documento justificativo de los precios propuestos indicando expresamente los costes de personal y respetando en todo caso los salarios mínimos establecidos en el convenio colectivo aplicable.

Con fecha 18 de diciembre de 2017, dentro del plazo otorgado al efecto, se presenta por la empresa JC Madrid, Deporte y Cultura la justificación de la oferta, emitiéndose informe técnico el 8 de febrero de 2018, en el que se concluye que la oferta no es viable, debiendo ser excluida.

Dicho informe se elevó a la Mesa de contratación que en su reunión del día 14 de febrero de 2018 lo asumió, adoptando el acuerdo de *"EXCLUIR la oferta presentada por la empresa JC Madrid, Deporte y Cultura, S.L., por no quedar debidamente justificados los términos de la oferta presentada estimando que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión en valor anormales o desproporcionado establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Y RECHAZAR la oferta por no cumplir en su totalidad con el convenio colectivo sectorial aplicable en cumplimiento de lo establecido en el PCAP"*, que fue notificado a la licitadora el 28 de febrero de 2018; proponiendo asimismo la clasificación resultante y requiriendo a la empresa Ferrovial Servicios, S.A., como empresa que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde la recepción del requerimiento, presenten la documentación prevista en el apartado 2º del artículo 151 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y Pliego de condiciones.

Por último consta que con fecha 14 de marzo de 2018 se procedió a adjudicar el contrato.

JC Madrid, Deporte y Cultura solicitó al órgano de contratación acceso al expediente y copia de la documentación que le fue entregada el 5 de marzo de 2018.

Tercero.- El 14 de marzo de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de JC Madrid, Deporte y Cultura, en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión de su oferta y se ordene la retroacción del procedimiento para que se realice una nueva clasificación de las ofertas.

El 22 de marzo de 2018 el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, confirmando la decisión de exclusión de JC Madrid, Deporte y Cultura acordada por la Mesa de contratación, en su reunión del día 14 de febrero de 2018, sosteniendo que se ha seguido el procedimiento legalmente establecido y no queda justificada ni la viabilidad de la oferta en su conjunto, ni, en concreto, el cumplimiento del convenio colectivo sectorial aplicable, de modo que en aplicación de lo establecido en el PCAP se considera causa para su exclusión y rechazo.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya presentado ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP) al haber sido rechazada su oferta.

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 14 de febrero de 2018, practicada la notificación por correo electrónico el día 28 de febrero e interpuesto el recurso el 14 de marzo de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra la decisión de la Mesa de contratación adoptada el 14 de marzo de 2018 de rechazar la oferta de la recurrente, tácitamente aceptada por el órgano de contratación, en tanto en cuanto no clasifica la oferta de la recurrente. Este Tribunal viene advirtiendo que el rechazo de las ofertas incursas en presunción de temeridad que no justifican la baja, corresponde al órgano de contratación, que puede aceptar o no la propuesta de la Mesa de conformidad con lo establecido en el artículo 152.4 del TRLCSP, “*Si el órgano de contratación considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior considerase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados la excluirá (...)*” y por lo tanto inadmitiendo los recursos contra las propuestas de rechazo de la Mesa que no son actos definitivos. Sin embargo en este caso, consta en el expediente que se ha adjudicado el contrato aceptando dicha propuesta de la Mesa por lo que por economía procedural debe considerarse que ese es el acto recurrido. Tal rechazo de la oferta constituye 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 de cuantía superior a 221.000 euros, por lo tanto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- El TRLCSP, en su artículo 152, 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.

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible 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.

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.

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.).

Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior*” 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.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

De no cumplirse con el requisito de racionalidad o 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.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP, 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.

Sentado lo anterior, alega la recurrente que la decisión de excluir su oferta se basa en datos erróneos y en consideraciones subjetivas del técnico informante que no se mencionan en los Pliegos y por tanto no deben ser tenidas en cuenta ya que se produciría una situación de completa indefensión.

Dos son los motivos de discrepancia que figuran en el informe; el cálculo del número de horas de prestación del servicio que incide en el volumen de ingresos y los costes de personal y recursos materiales.

Respecto del primero, advierte previamente de la dificultad derivada de que no constan en el PPT el número de horas de prestación del servicio, que solo incluye una tabla de horarios de las instalaciones como Anexo II a partir de la cual en función de los meses, días y horarios deben calcularse el número total de horas de prestación del servicio. Esto ha provocado que el cálculo de JC Madrid, Deporte y Cultura y el efectuado por el informe que desestima la justificación no coincidan, como tampoco ninguno de ellos coincide con el cómputo de horas resultante del listado de subrogación que aparece en el Anexo IV.

Alega JC Madrid, Deporte y Cultura que dicho informe concluye erróneamente que el total de horas de la su oferta es 43.691 cuando en realidad es 43.472 y que la diferencia se encuentra principalmente en la categoría de auxilio y vigilancia en piscina. Afirma que su oferta contenía 4.525,50 horas y no las 4.744,50 horas que el informe del órgano le atribuye en este concepto, por lo que existe un error de 219 horas en el informe del Ayuntamiento, error aritmético que desfigura el cómputo real de beneficios. El otro error deriva de las horas imputadas a las “colonias”, que según JC Madrid, Deporte y Cultura son 770 horas /año, mientras que el órgano ha tenido en cuenta solo 700 horas /año.

Concluye que a mayor número de horas, no solo los ingresos son superiores como manifiesta el técnico en su informe, sino también los costes y denota su “*poco rigor*” y “*prejuicio*”.

Alega que las horas de personal recogidas en el listado de subrogación aportado por la actual adjudicataria, UTE Ferrovial-Aossa contempla 39 trabajadores que según JC Madrid, Deporte y Cultura totalizarían 50.130,30 horas, que son muy superiores a las exigidas por los Pliegos de acuerdo con los horarios contenidos en el Anexo II que, según afirma JC Madrid, Deporte y Cultura, son 43.472 horas, que son las que han sido tenidas en cuenta en la elaboración de su oferta junto con el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales mínimos exigidos, conforme al Anexo VIII del PCAP y que tiene la consideración de obligación esencial del contrato, de acuerdo con lo establecido en

el artículo 64 del TRLCSP.

El órgano de contratación en su informe transcribe el elaborado por el técnico en contestación al recurso de fecha 20 de marzo de 2018, en el que aclara que “*si bien la lista de subrogación publicada ofrece el total de los trabajadores contratados a esa fecha, dichos datos no son útiles a los efectos del cálculo de ingresos y gastos del contrato, excepto para quienes tuvieran una antigüedad mayor de un año, no pudiéndose determinar el conjunto de los ingresos y gastos para un año concreto ya que estos dependen de lo contenido en los Anexos I y II y de la distribución de cada año y de las vacilaciones concretas para cada uno de los períodos concreto dentro de cada uno de ellos*” y que “*b. Quién recurre no ha tenido en cuenta el Anexo I*”

Además, aunque reconoce el error aritmético en la suma de las horas calculadas en el concepto de vigilancia y auxilio en piscina (que no son 4.774,50 horas) sostiene que esto no afecta a las conclusiones y que en todo caso el número de horas correctas sería 4.509,50 para 2018 y 4.520,50 para 2019, que tampoco coinciden con las 4.525,50 que dice la empresa.

Respecto a las horas imputadas a las colonias manifiesta que el recurrente no ha tenido en cuenta la diferencia por calendario en el mes de julio, que comprende siempre dos quincenas, que han de ser iguales de “10 u 11 días.”

Así en 2018, la primera quincena del 1-15 tiene 10 días de actividad y la segunda del 16 al 27 con 10 de actividad programada, descontando los días 30 y 31; mientras que en 2019 la primera quincena iría del 1-15, inclusive, con 11 días de actividad programada, por lo que la segunda quincena es del 16 al 30, con otros 11 días, por lo que se excluye el 31 de julio.

En el informe técnico elaborado el 8 de febrero de 2018 figura un cuadro de horas/servicio comparativo de las horas que resultan a tenor de los Pliegos y de las ha totalizado partiendo de los datos que figuran en la oferta de recurrente, que se resumen en lo siguiente:

	HORAS según Pliego		HORAS imputadas por OC a JC Madrid, Deporte y Cultura	
	HORAS 2018	HORAS 2019	HORAS 2018	HORAS 2019
TOTAL	43.412,50	43.597,50	43.691,00	43.691,00
DIFERENCIA			278,50	93,50

Efectivamente se debe recordar que el artículo 120 del TRLCSP establece para el órgano de contratación la obligación de naturaleza meramente informativa de facilitar información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales, lo que no significa que dicha relación sea la necesaria para el nuevo objeto de prestación del servicio, que en este caso, está delimitado por los Anexos I de actividades y II de dotación y horas del PPT.

Comprueba el Tribunal que en el Anexo I se describen las actividades a realizar sin indicar el número exacto de horas totales que comprende cada una, el cual debe ser calculado por el licitador en base a las indicaciones dadas en cada caso. Asimismo comprueba que en el informe justificativo del contrato tampoco se recoge ese parámetro al precisar el contenido de la prestación ni al calcular el presupuesto de licitación, parámetro que hubiera permitido sin duda conocer de manera fiable y sencilla el número total de horas a ofertar al “determinar” con precisión y claridad el objeto del contrato, tal y como exige el artículo 87 del TRLCSP.

No obstante nos encontramos ante un proceso de licitación en el que no se han impugnado los Pliegos, por lo tanto, los han aceptado en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En el Anexo I, para el cálculo de las horas correspondientes a ACTIVIDADES FÍSICO RECREATIVAS, en las INSTALACIONES CIUDAD DEPORTIVA, por lo que se refiere al apartado de colonias de verano, uno de los apartados en que se ha producido la discrepancia horaria, se establece,

“Actividad dirigida - Colonias de verano

- *Calendario:*
 - *Del 1 al 31 de julio*
- *Horarios:*
 - *Lunes a viernes – de 08:30 h. a 18:00 h.*
- *Grupo de 60 usuarios/quincena.*
- *Quincena de 10 u 11 sesiones.*
- *Ratios de entre 12 a 15 usuarios.*
- *Edades: de 7 a 13 años.*
- *PROGRAMA A DESARROLLAR*

ACTIVIDAD	CONTENIDO	EDADES	SESION	DIAS
Colonia de Verano	<i>Actividad deportivo –recreativa durante cada quincena del mes de julio</i>	<i>7 a 13 años</i>	<i>08:30 h. a 18:00</i>	<i>L a V</i>

De donde se concluye que la expresión “*Quincena de 10 u 11 sesiones*”, es una de las condiciones a tener en cuenta, que no ha considerado JC Madrid, Deporte y Cultura lo que explica el exceso de 60 horas, ofertado por parte del licitador para la actividad de las colonias en el año 2018, pero también una minoración en el año 2019 de 124 horas.

Por otra parte, el órgano ha reconocido su error al incrementar indebidamente en más de 219 el número de horas en la actividad de vigilancia y auxilio ofertada por la recurrente. No obstante, no consta tampoco en su informe ningún cálculo que acredite que efectivamente el número de horas exigidas en el Pliego sea el que afirma el órgano de contratación.

Por otro lado la conclusión del informe de justificación de la oferta respecto de la discordancia en el número de horas es que “*la empresa aplica menores gastos que realmente se producen aun en las condiciones más favorables e incluye mayor número de horas de las previstas*”.

Por lo que reconocido por JC Madrid, Deporte y Cultura que el número de horas ofertadas en el contrato es 43.472, incluido el exceso de 60 horas para las colonias de verano en el año 2018, lo que supone respecto de las que afirma el órgano contratación que comprende el PPT, una diferencia con las exigidas para las actividades a realizar cada año y que en global supone 64 horas menos en los dos años.

	HORAS SEGÚN PLIEGO		HORAS JC MADRID, DEPORTE Y CULTURA	
	HORAS 2018	HORAS 2019	HORAS 2018	HORAS 2019
TOTAL	43.412,50	43.597,50	43.472	43.472
DIFERENCIA			+59,50	-124,50
				-64

No podemos olvidar que esta diferencia se plantea en sede de recurso de forma que la recurrente no habría tenido ocasión de argumentar respecto de la misma, pero que en todo caso la indicada diferencia supondría una minoración costes e ingresos, de lo que no puede desprenderse de forma justificada que ello impida la correcta ejecución del contrato, máxime si tenemos en cuenta que se trata de un número de horas anual que tiene muy escasa incidencia respecto del número total de horas del contrato. Por ello a juicio de este Tribunal no parece razonable el rechazo de la oferta de la recurrente por este único motivo, debiendo examinarse la concurrencia y justificación del resto de cuestiones indicadas en el informe de justificación de la oferta.

Sexto.- En relación con los costes de personal sostiene JC Madrid, Deporte y Cultura que aportó una justificación de su oferta en la que detalla pormenorizadamente los efectivos por categorías, para cada uno de los puestos de trabajo diferenciando entre primer y segundo años del contrato.

En la justificación de su oferta analizaba el coste de personal ofertado para cada categoría en función del número de horas requeridas del servicio, advirtiendo en todos los casos las diferencias de horas respecto del listado de personal a

subrogar y señalando que “*El cálculo de la diferencia de horas está realizado en base al precio hora del Convenio nacional de Instalaciones deportivas, incluido Salario base, pagas extras y plus transporte*”.

Entiende que con ello, se dio respuesta a la necesidad que expuso la Mesa de “*presentar debidamente desglosado documento justificativo de los precios propuestos indicando expresamente los costes de personal y respetando en todo caso los salarios mínimos establecidos en el convenio colectivo aplicable*”, por lo que según afirma no alcanza a entender que en la resolución impugnada se rechace la oferta por “*no cumplir en su totalidad con el convenio colectivo sectorial aplicable en cumplimiento de lo establecido en el PCAP.*”

Reitera que en el listado de personal a subrogar figuran las retribuciones anuales que ascienden a 669.556,46 euros, por lo que siendo la estimación de ingresos de Ferrovial por importe de 621.223,30 euros, que está muy por debajo del coste de personal a subrogar, es evidente que el coste real del personal necesario para prestar el servicio no puede ser en ningún caso el que resulta del listado del Anexo del PPT. Añade que su ahorro en costes de personal se justifica en sus previsiones favorables y en que las bajas que se produzcan del personal a subrogar se sustituirán con la incorporación de nuevo personal al que aplicará el convenio nacional, con menor coste; y a que se reducirá el porcentaje de absentismo mediante políticas motivacionales.

En el Informe técnico de 8 de febrero de 2018 por el que se aprecia la inviabilidad de la oferta y que ha asumido la Mesa de contratación se afirma que la empresa incluye un mayor número de horas de las previstas en el Pliego pero aplica menores gastos al coste de personal. Según las estimaciones realizadas entonces por el órgano de contratación el déficit de horas y costes de personal para la prestación del servicio serían, teniendo en cuenta los efectivos propuestos por JC Madrid, Deporte y Cultura, en resumen los siguientes:

	HORAS SERVICIOS 2018	GASTOS 2018	HORAS SERVICIO 2019	GASTOS 2019
TOTAL PLIEGO	43.412,50	571.775,94	43.597,50	575.084,68
JC MADRID DEPORTE Y CULTURA	43.691,00	556.252,38	43.691,00	558.665,76
DIFERENCIA	278,50	-15.523,56	93,50	-16.418,92

Consideraba que la oferta de JC Madrid, Deporte y Cultura es deficitaria en 15.523,56 euros en 2018 y en 16.418,92 euros en 2019. La diferencia resultante argumentaba que se debía principalmente a las siguientes razones:

- Los salarios consolidados del personal subrogable son superiores a los del Convenio nacional de deportes que aplica la recurrente por lo cual pudiera no aplicárseles subidas salariales ni pluses en los próximos años hasta enjugar la diferencia.

Indica al respecto la recurrente que el técnico pretende tener en cuenta una hipotética subida de salarios que no está prevista en el pliego y por tanto no tiene que darse por cierta.

Tal y como más arriba se ha indicado, siendo discrecional la apreciación por parte del órgano de contratación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, uno de los parámetros de control de las decisiones adoptadas en dicha materia es la razonabilidad de los argumentos expuestos en los informes que examinan las justificaciones efectuadas por los licitadores en tal situación. En este caso el órgano de contratación realiza un juicio de intenciones de la recurrente cuando indica que, al ser mayor el coste del personal a subrogar que el nuevo personal del convenio, JC Madrid, Deporte y Cultura no aplicaría subidas salariales a aquel para igualar costes.

Ello implica, primero considerar que habría subidas salariales vinculadas al Convenio del personal a subrogar en los dos años de duración del contrato respecto

de los que se realiza la justificación (2018 y 2019) y segundo que la recurrente no las aplicaría.

A juicio de este Tribunal no parece razonable considerar inviable la ejecución contractual por la circunstancia hipotética de que se produzca una subida salarial no contemplada en la justificación de la oferta.

- El 3% estimado por absentismo es inferior al del sector. Cita para acreditar dicha información distintas fuentes como el informe Addeco elaborado con Garriges, AMAT, FREMAP la Universidad Carlos III, la UNED y la Asociación Española de especialistas en medicina del trabajo que en 2016, sitúa el nivel de absentismo en un 3,45% y el informe RANDSTAN que lo sitúa en un 4,8% en el primer trimestre de 2017. Concluyendo que en años anteriores el absentismo ha sido muy superior. En el informe al recurso el órgano de contratación se limita a indicar que los cálculos sobre absentismo se han realizado a la baja respecto de lo reflejado en estudios independientes publicados recientemente, sin especificar a qué estudios se refiere.

En primer lugar cabe destacar que si la realidad del servicio a prestar difiere en algún aspecto, como el absentismo, de los datos que con carácter general se manejan por los operadores económicos, derivados tanto de su propia experiencia como del mercado, deben ofrecerse en la información que se facilita a los licitadores de manera que no resulta razonable simplemente afirmar que en años anteriores el absentismo fue muy superior cuando además el técnico informante no desconoce la existencia de informes autorizados que sitúan esta cifra por debajo. Ahora bien, el informe Randstat es más cercano en el tiempo a la fecha de la licitación que el informe Addeco por lo que no resulta irrazonable su utilización. En todo caso tanto Randstat como Addeco son empresas privadas de Recursos Humanos, que al igual que la recurrente realizan sus estudios basados en la experiencia del sector de que se trate. En este caso afirma JC Madrid, Deporte y Cultura que en su experiencia y en otras licitaciones siempre han calculado un índice de absentismo del 3% teniendo en cuenta los diferentes puestos de trabajo y jornadas y para el personal de

campañas entre los que no es normal que se produzca gran absentismo y que en su caso el órgano de contratación debería haber indicado esta cifra en el expediente.

Esta sola divergencia de 1,8 puntos en un aspecto concreto de justificación de la oferta que por otra parte no se ha cuantificado, se revela *prima facie* insuficiente para considerar inviable la oferta, sin perjuicio de su observación conjunta con otras causas, que debemos examinar a continuación.

- No ha tenido en cuenta los días de asuntos propios del personal no subrogado ni, las vacaciones ni las horas sindicales que deberían liquidarse, aunque se reconoce que dicho personal aun no habría devengado estos derechos. Señala la recurrente que se trata de una “*elucubración del técnico*”, indicando que se trata de un sector donde existe mucha rotación además de que muchos puestos, como los de las colonias, son por campaña, debiendo tenerse en cuenta que las horas estructurales del PPT están cubiertas con personal subrogable.

De nuevo a juicio de este Tribunal no parece razonable la conclusión del técnico recogida por el órgano de contratación, en tanto en cuanto se refiere a una situación eventual, poco probable dada la duración del contrato y las características del personal descritas por la recurrente.

- Los días de asuntos propios para el Convenio estatal son 3, utilizándose para el cálculo de horas la jornada de mayor duración. Aduce la recurrente que esto es así pero que para el personal que no trabaja un año natural se les aplica la parte proporcional de los días.

Siendo ajustada a la normativa laboral la explicación de la recurrente, no cabe sino considerar que la observación por parte del órgano de contratación es errónea, aunque por sí sola no es determinante del rechazo de la oferta.

- No ha tenido en cuenta el Preacuerdo entre patronal y sindicatos de subida salarial en el Convenio nacional por lo que la tabla salarial que aplica JC Madrid,

Deporte y Cultura en la mayoría de los casos es inferior a la que correspondería aplicar, cuyo detalle desglosa en cuadro que figura en la pág. 5 de su informe. En el informe emitido en relación con el recurso se indica que para algunas categorías el precio consignado es el de 2014, por ejemplo en el caso de la enfermería con un precio de 8,11 euros hora que para el convenio de estatal del 2018 tendría una previsión de 8,40 y para el 2019 de 8,53.

Debe señalarse en primer lugar que en el informe a la justificación de la viabilidad de la oferta la cantidad de 8,11 euros/hora y el resto de las recogidas se referencia al Convenio Estatal de 2015, y no al 2014, correspondiéndose las cantidades ofertadas con las del indicado convenio.

Señala al efecto la recurrente que el técnico pretende la aplicación de un preacuerdo que no se ha materializado todavía y que ni siquiera se menciona en los pliegos, concluyendo que “*la oferta presentada aplica tablas salariales actuales porque es imposible aplicar datos del futuro absolutamente inciertos*”.

Efectivamente el carácter incierto de la medida determina que en relación con ello el informe del técnico no obedezca a los parámetros de razonabilidad que le son exigibles.

- Los 600 euros estimados para cada año para EPI's no se ajustan a las necesidades reales. Indicando en el informe al recurso que los gastos para vestuario y EPIS es un gasto que hay que contemplar y que se ha tratado a la baja respecto de los precios de mercado. Consta en la justificación de la oferta que el coste de dichos gastos es de 1000 euros, (400 para materiales y 600 para uniformes y herramientas).

Consta en el informe del órgano de contratación el desglose del vestuario, y de los EPIS resultando un importe de 3.174 euros en vestuario, que no es utilizable en otros servicios en stock) y de EPIS (crema protectora, gafas de sol, calzado de protección y guantes) en 660 euros.

Indica la recurrente que la propuesta de JC Madrid, Deporte y Cultura en materia de vestuario tiene en cuenta el material que tiene en stock utilizado para otros servicios y que por tanto, se encuentra amortizado, cumpliendo con la legislación laboral vigente en relación a los EPIS.

En este caso a la vista de la falta de justificación por la recurrente más allá del carácter amortizado de elementos como (trajes de baño, camisetas, gorras, etc.) la objeción del órgano de contratación se encuentra debidamente justificada en un importe de 3.230 euros.

- No se han calculado debidamente los importes de la mejoras ofertadas, en concreto dos paquetes de horas en coordinación y control y auxilio y la puesta a disposición de material hinchable para fiestas. En concreto se aduce que se valoran los 600 euros admitidos por la empresa aunque a precio de mercado se puede valorar alrededor de 500 euros cada una (1000). Consta en la justificación el desglose de costes para estos conceptos y se aporta por la recurrente la mejora ofertada que consiste en (tobogán de 6 metros, conjunto de obstáculos flotante, pulpo de 6 metros y cambio de agua, que incluye gestión, transporte, hinchado montaje, retirada e instalación y dos personas de vigilancia) En cuanto al material hinchable para fiestas se explicaba que se han ofertado como mejora dos fiestas acuáticas para las que JC Madrid, Deporte y Cultura dispone de material en propiedad, “*en todo caso cotizamos el coste de alquiler de estos elementos por si dicho material estuviera comprometido en las fechas en que el Ilmo. Ayto. de Leganés calendarice estas acciones*”.

Objeta el técnico que en este coste se incluye el personal que realiza las tareas de disposición de dichos hinchables, incluyendo el auxilio, aplicando el convenio colectivo que resulta más favorable a la recurrente y que se valoran los 600 euros, admitidos por la empresa aunque a precios de mercado se puede valorar alrededor de 500 euros cada una.

Considera el Tribunal que la explicación ofrecida por el órgano de contratación no es coherente con la de la recurrente y en nada se puede objetar el tipo de personal que se designe para la realización de los indicados trabajos.

- En cuanto a los otros gastos se indica en el informe del técnico “*Se respetan las cantidades propuestas por la empresa pero que podrían entender como muy bajas tanto en el caso del material de oficina, como en el de las herramientas*”, aunque se añaden costes de teléfono, seguros, internet, y vigilancia de la salud.

Aduce la recurrente que dichos costes no suponen ninguna partida para la empresa puesto que se adquiere dicho material anualmente para todos los concursos de que son adjudicatarios y que en todo caso no están previstos en el PCAP.

Existen una serie de gastos para la ejecución contractual que pueden ser adquiridos de forma global por la empresa teniendo en cuenta toda su actividad, ello no significa que no tengan un coste que debe repercutirse en el contrato de que se trate. Cuestión distinta es si se han previsto gastos generales suficientes para incluir dichos costes. En este caso no existe una partida de gastos generales la justificación simplemente se indica “*margen*” (lo que incluiría tanto los gastos generales como el beneficio) y que arroja la cantidad de 43.403,80 euros para los dos años, que en principio sería suficiente para cubrir la diferencia de costes indicada que según los cálculos del técnico serían herramientas (200 euros, teléfono 300 euros, seguros 550 euros, vigilancia de la salud laboral 1500 euros; esto es 5.100 euros por los dos años).

Ello dejaría un margen de beneficio que no se ha cuantificado de 38.303 euros por todo el contrato. Sin embargo el técnico considera que aún deben descontarse 23.300 euros en concepto de gastos estructurales (locales, personal, vehículos, carburantes, común a diversos centros de trabajo) y que suele cifrarse en el 2% de los ingresos relativos a la oferta. Ello implicaría un contrato con un muy escaso margen de beneficio. Respecto del que concluye “*en conclusión sin tener en*

cuenta gastos de estructura y administración, el ingreso de 248,74 € durante la duración de dos años del contrato que disminuirían con el paso de los años de prórroga es insuficiente para poder hacer frente al servicio ni a las contingencias que seguro se van a producir como consecuencia de":

- aumento salariales.
- atención a posibles reclamaciones por aplicación de salarios inferiores a los convenidos.
- mayor absentismo por incapacidad laboral por encima del 3% previsto.
- progresiva adquisición del derecho a asuntos propios.
- aumento de coste de las mejoras con el aumento del coste de la bolsa de horas.
- repercusión de gastos de administración, estructura, amortizaciones, consumos, gastos financieros, etc.

A la vista de lo anterior cabe concluir que la escueta cantidad que supone la diferencia entre ingresos y gastos, que no ingresos a que se refiere el órgano de contratación obviamente no permite considerar la existencia ni de beneficios ni de margen de maniobra para contingencias, pero dicha cantidad resulta tanto del error en el cómputo de horas, como de la consideración de los costes salariales según el preacuerdo de convenio que arrojan un resultado negativo de 15.523, 56 euros, para el año 2018 y de 16.418,92 para el año 2019 (31.942,48 euros).

Habiéndose considerado más arriba por este Tribunal que el parámetro de razonabilidad no permite tener en consideración el preacuerdo y teniendo en cuenta que algunas de las partidas cuyo déficit sí ha sido apreciado de forma justificada y razonable por el órgano de contratación, (vestuario y EPIS por 1.660 euros) pueden ser asumidas con cargo a esas diferencias, entiende el Tribunal que no resulta justificado el rechazo de la oferta por las causas que se han especificado por lo que considera que el acuerdo adoptado no es conforme a derecho.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el 41.4 del TRLCSP 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don A.G.P., en nombre y representación de JC Madrid, Deporte y Cultura, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación, de fecha 14 de febrero de 2018, por el que se rechaza su oferta en la licitación del “Servicio de organización y prestación integral de diversos servicios y actividades de carácter recreativo a realizar en la Ciudad Deportiva La Fortuna”, tramitado por el Ayuntamiento de Leganés, número de expediente: 770/2016, debiendo retrotraer el expediente al momento en que debió valorarse correctamente la viabilidad de la oferta de la recurrente, para en su caso, adjudicar el contrato a la oferta que cumpliendo todos los requisitos del Pliegos resulte ser la oferta más ventajosa.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.