

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

En Madrid, a 31 de mayo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.P.M., en nombre y representación de SBC OUTSOURCING, S.L., contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Puente de Vallecas de fecha 21 de abril de 2017, por el que se adjudica el lote 2 del contrato “Limpieza y auxiliares de información en equipamientos adscritos al Distrito de Puente de Vallecas (dos lotes)”, número de expediente: 300/2016/01254, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 19, 22 de noviembre y 1 de diciembre 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOE y el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, la convocatoria de licitación pública del contrato mencionado, dividido en dos lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado es de 14.168.298,3 euros, con un plazo de duración de 21 meses.

Segundo.- A la licitación del lote 2, auxiliares de información, concurrieron doce empresas incluida la recurrente.

Tras los trámites oportunos, la Mesa de contratación, en sesión celebrada el 28 de diciembre de 2016, examinó las propuestas económicas presentadas por las licitadoras, concluyendo que la oferta de SBC OUTSOURCING, S.L., se encontraba incurso en el supuesto de valores desproporcionados, según lo establecido en los Pliegos, por lo que el día 3 de enero se le requirió la oportuna justificación, concediéndole un plazo de tres días.

Dentro del plazo concedido, la empresa presentó un escrito de justificación de viabilidad que fue analizado por los servicios técnicos del órgano de contratación que emitieron informe el día 21 de febrero de 2017.

A la vista del mencionado informe la Mesa de contratación en su reunión de 15 de febrero de 2017, acuerda el rechazo de la oferta de SBC OUTSOURCING, S.L., y elevar propuesta de adjudicación del lote 2 del contrato a favor de la empresa Global Servicios-Unión de Discapacitados para el Empleo y la Formación, S.L.

El Concejal Presidente del Distrito de Vallecas procedió mediante Decreto de 21 de abril de 2017, a la adjudicación del lote 2 del contrato según la propuesta de la mesa.

El Decreto fue notificado a los interesados el 25 de abril, incluyendo en la notificación el informe técnico en el que constan las puntuaciones otorgadas y las causas del rechazo de las ofertas incurso en valores desproporcionados.

Tercero.- Con fecha 11 de mayo de 2017, SBC OUTSOURCING, S.L, anunció al órgano de contratación su intención de interponer recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación y su exclusión. El 17 de mayo presenta ante el Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación contra el Decreto de 21 de abril de 2017.

El recurso alega en contra de las consideraciones del informe técnico emitido que han sido el motivo de su exclusión (en realidad el rechazo de su oferta), en

concreto el coste de personal por años completos, el cálculo de la bolsa de horas ofertadas como mejora y la justificación del importe de las subvenciones como centro especial de empleo. En consecuencia, solicita la anulación de adjudicación y que se admita su oferta.

Cuarto.- Del recurso se dio traslado al órgano de contratación que remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe al que se refiere el artículo 46.2 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).

En el informe corrobora las argumentaciones del informe técnico emitido, estimando que el rechazo de la oferta está suficientemente justificado y motivado por las razones que expone y que se analizarán al resolver sobre el fondo del recurso.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

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 presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa SBC OUTSOURCING, S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, 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”*, puesto que su oferta ha sido rechazada.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, en cuanto se rechaza la oferta de la recurrente, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso el Decreto impugnado fue adoptado el 21 de abril de 2017, practicada la notificación el 25 de abril, e interpuesto el recurso el 17 de mayo, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, por lo que el recurso especial se planteó en tiempo y forma.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad.

El TRLCSP en su artículo 152.3, 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 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 parezca anormalmente baja 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.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

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 justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha 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.

El Informe técnico emitido en relación con la justificación de viabilidad de la oferta de señala las siguientes deficiencias:

1.- Calcula el coste del personal para el año 2017 y 2018 por años completos, es decir 24 meses, en lugar de prever los 21 meses previstos en el contrato.

2.- Solo hace referencia al cálculo de una bolsa de horas de 1.000 horas para la totalidad del contrato, en lugar de las 1.750 horas que corresponden a los 21 meses del contrato. El coste establecido por la empresa por cada hora de mejora es de 6 euros, sin justificar, ni aclarar el importe declarado.

3.- Calcula el importe de la subvención a recibir de la Comunidad de Madrid para 2017 y 2018, en 4.586,40 euros por trabajador. Cantidad resultante de multiplicar por 14 pagas el importe del 50% SMI establecido para 2016 en 655, 20 euros. ($327,60 \times 14 = 4.586,40$ euros). La Orden de 12 de julio de 2016 de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se realiza la convocatoria de subvenciones con cargo al ejercicio de 2016, para el fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo, en su apartado sexto, dispone que el período correspondiente a la convocatoria es el comprendido entre los meses de septiembre de 2015 y junio de 2016, ambos incluidos y las pagas extraordinarias de diciembre de 2015 y junio de 2016 (...). Los términos de las convocatorias de subvenciones realizadas por la Comunidad de Madrid son variables, y por tanto no puede ser aceptado como ingreso cierto en la justificación de la oferta realizada porque no existe una obligación reconocida por la Comunidad de Madrid a favor de la entidad que permita acreditar que la entidad recibirá de forma indubitada la subvención. Manifiesta que el cien por cien de los trabajadores van a estar subvencionados en el 50% del SMI, siendo un riesgo mayor ante las variables que pueden producirse con la convocatoria, que pondrían en grave riesgo la ejecución del contrato”.

Respecto de la primera cuestión la recurrente alega en su escrito de recurso que “esta motivación del órgano no es válida, pues no hay que olvidar que nuestra oferta está vinculada al precio originario presentado que ascendía a 733.049,93 euros. Estamos ante un error involuntario de haber escrito nº de meses por año completo. Y de hecho si se observa la justificación se comprueba que aun siendo a 24 meses al mismo dinero, si fuera así habría más baja temeraria que no se hubiera tenido en cuenta por el órgano. Por ello, hay que señalar que la baja se ha calculado por el órgano de contratación para 21 meses, que es la totalidad del contrato. Además, no se genera problema en el cumplimiento pues se pagaría más dinero por

menos tiempo. Pero ya decimos que nos queremos referir a 21 meses. El órgano no dudó que el precio ofertado era para 21 meses, pues de lo contrario tenía que haber pedido aclaración y no lo hizo, por lo que no puede ahora señalar que el precio consignado es por 24 meses”.

El órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que “se considera que el error de la licitadora al expresar la justificación de su oferta económica en 24 meses en vez de en 21 meses, no puede ser objeto de nueva solicitud de aclaración, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución del Tribunal Administrativo de la Contratación de la Comunidad de Madrid número 161/2014 cuando señala que se solicitará aclaración ‘si existe contradicción o discrepancia en las cifras consignadas en la oferta cuando hubiera varios precios o cuantías a establecer, deberá valorarse por la mesa de contratación si el error puede aclararse fácilmente con una mera solicitud al licitador, sin que la aclaración que presente altere, corrija o modifique su oferta, o en caso contrario acordar la exclusión del licitador que ha incurrido en ese error’.”

Sin embargo, debemos concluir que el error de la licitadora al exponer los cálculos justificativos de la viabilidad de su oferta, no compromete en absoluto ni la oferta presentada, ni la propia justificación de costes. Debe advertirse que el importe de la oferta es por 21 meses, duración del contrato, y el cálculo de costes ha tenido en cuenta 24 meses, es decir ha añadido costes que no se van a producir en realidad por lo que no puede por ese motivo concluirse que la oferta es inviable.

La licitadora ha podido justificar, si se admiten los conceptos incluidos en su justificación, que su oferta podría ser viable incluso con un plazo superior, 24 meses, por lo que lo será igualmente con el plazo de duración del contrato 21 meses sin que sea necesario tampoco mayor aclaración. Por lo tanto, esta causa no puede admitirse por sí sola como justificadora del rechazo de la oferta.

La segunda deficiencia puesta de manifiesto se refiere al número de horas ofertadas como mejora.

El apartado 20.3 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece lo siguiente:

“Mejora de horas ofertadas para la realización de servicios extraordinarios en los equipamientos objeto del contrato, por necesidades sobrevenidas y no previstas en el mismo, hasta 20 puntos con el siguiente desglose:

(...)

LOTE 2: cada 250 horas anuales ofertadas 5 puntos, hasta un máximo de 20 puntos”.

Alega la recurrente que *“sobre el cálculo de la bolsa de horas de 1.000 horas para la totalidad del contrato, en lugar de las 1.750 horas que corresponden a los 21 meses del contrato. Esta parte se remite al pliego de cláusulas administrativas particulares donde en su hoja nº 53, en su punto 3 relativo a los criterios valorables en cifras o porcentajes sobre la mejora de horas ofertadas, se recoge que: ‘Cada 250 horas anuales ofertadas 5 puntos, hasta un máximo de 20 puntos’. Por lo que si ofrecemos 1.000 horas son 20 puntos, que es lo máximo al año. El pliego fija años no meses, por lo que el órgano de contratación no puede cuando le conviene hacer una interpretación de meses a su gusto”.*

El órgano de contratación en su informe alega que *“como ya quedó reflejado en el informe del servicio promotor, el licitador no justificó el importe de las 1.750 horas a las que se había comprometido en su oferta económica, sino sólo 1.000 horas por los 21 meses de contrato, calculando, sin justificar ni aclarar el importe declarado, que cada hora tendría un coste de 6 euros. Vuelve a cometer un error el licitador en la justificación de su oferta, tal y como manifiesta expresamente ‘este error supone un coste no explicado de 4.500 euros’. Es decir que por segunda vez se manifiesta un dato que pretende sea interpretado, cuando no existe documentación que evidencie que efectivamente se trataba de un simple error de transcripción. Sin embargo, es ahora en el momento de presentar el recurso, cuando se pretende realizar una justificación de la viabilidad de la oferta, no habiendo utilizado el momento otorgado al efecto. No se trata de que las mejoras se encuentren en valores anormales, como se*

señala, sino que no se ha justificado el precio de su oferta ni las condiciones que prueban su viabilidad.”

Comprueba el Tribunal que en la oferta económica presentada por la recurrente consta respecto de la bolsa de horas el siguiente compromiso:

“En caso de resultar adjudicataria del concurso objeto de la presente licitación, dotar al servicio de una bolsa adicional de 1.000 horas durante todo el periodo de ejecución del mismo sin coste alguno por necesidades sobrevenidas y no previstas en el mismo.”

Por lo tanto, las 1.000 horas ofertadas lo son por los 21 meses del contrato. No se han ofertado por años sino por el periodo total de ejecución. De ahí que independientemente de la valoración que se haya dado en aplicación de los criterios automáticos, la justificación es correcta. Ha justificado el coste del número de horas que ha ofertado y no parece que exista error alguno ni que se precise aclaración.

En consecuencia este motivo de rechazo no se considera justificado.

Finalmente se argumenta la inviabilidad de la oferta en que *“por la empresa licitadora no se ha aportado documentación justificativa de las ayudas o subvenciones recibidas otros años por el importe declarado para cada trabajador, ni tampoco ha justificado que se haya presentado a la última convocatoria. No estando publicada la convocatoria de subvenciones para el año 2016”*.

Alega la recurrente que se ha publicado *“la Orden, de 23 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda que regula esta segunda convocatoria, siendo la primera de fecha 12 de julio de 2016. Terminaba el plazo para presentar la documentación el 20 de diciembre de 2016. Además, a pesar de que en el informe señala que el crédito para esta subvención será por orden de entrada en el Registro con el límite de fondos presupuestarios disponibles, no es menos cierto que se olvidan en el informe señalar que en la Orden anteriormente señalada se regula en el apartado de la financiación que el crédito se podrá ampliar con los límites*

presupuestarios. Por lo que no es ajustado a Derecho señalar que no está publicada la Orden del 2016, pues en el informe se refleja la primera, sin embargo ha habido dos convocatorias en un mismo año, y el motivo fue para ampliar el número de meses (Julio de 2016 a Diciembre 2016), por lo que no se sustenta la afirmación de cada convocatoria es variable, pues todas subvencionan el año entero incluidas las pagas extraordinarias. Y además se ha ampliado el crédito existente, por lo que no es un ingreso incierto”.

El Tribunal ya se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la necesidad de acreditar que se cuenta con las subvenciones que permitan mantener los cálculos económicos presentados en la justificación de la viabilidad de las ofertas, pudiendo citar, entre otras, la Resolución 200/2015, de 26 de noviembre.

En este caso la recurrente no ha acreditado, ni podría haberlo hecho en ningún caso, que va a contar con las subvenciones que incluye en su justificación de costes para 2017 y 2018, habiendo aportado justificación de concesiones anteriores pero que en modo alguno garantizan las futuras. De manera que no puede basar la viabilidad de su oferta incurso en valores desproporcionados en la percepción de unas subvenciones que no están garantizadas y que de no percibirse pondrían en riesgo la ejecución del contrato.

Por todo ello, en el supuesto que nos ocupa, el Tribunal debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta; que el informe técnico emitido está debidamente motivado y resulta racional y razonable, sin que se advierta arbitrariedad; y que el mismo ha sido aceptado por la Mesa de contratación y el órgano de contratación, considerando que explica suficientemente las dudas sobre la oferta y que no pueda ser cumplida, lo que afectaría a la normal ejecución del contrato. No resulta posible la sustitución del juicio técnico del informe, ni de la

decisión del órgano de contratación sobre la posibilidad de cumplimiento o no de las ofertas, que se revela como ajustada a Derecho.

En consecuencia, el recurso debe desestimarse.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don J.P.M., en nombre y representación de SBC OUTSOURCING, S.L., contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Puente de Vallecas de fecha 21 de abril de 2017, por el que se adjudica el lote 2 del contrato “Limpieza y auxiliares de información en equipamientos adscritos al Distrito de Puente de Vallecas (dos lotes)”, y se excluye a la recurrente, número de expediente: 300/2016/01254.

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.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal en su reunión de 23 de mayo de 2017.

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 49 del TRLCSP.