

Recurso 156/2018

Resolución 173/2018

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

En Madrid, a 7 de junio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por don E.L.S., en nombre y representación de Maitorus, S.L. y Ruiz Movilidad y Transportes, S.L., licitadoras en compromiso de UTE, contra la Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social, por la que se adjudica el lote 2 del contrato “Servicio de Transporte de personal de las residencias de mayores Villaviciosa de Odón y Nuestra Señora del Carmen adscritas a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, número de expediente: A/SER-017014/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 6, 7 y 8 de marzo de 2018, se publicó respectivamente en el DOUE, BOCM y en el BOE, y el 13 de marzo en el Portal de contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de la convocatoria de licitación, por procedimiento abierto y un único criterio, el precio, para la adjudicación del contrato mencionado dividido en dos lotes, siendo el valor estimado de 402.824,72 euros.

Segundo.- Al procedimiento de licitación del lote 2, Servicio de transporte de personal de la Residencia de Mayores Nuestra Señora del Carmen, concurrieron 6 empresas, incluidas las recurrentes.

Tras la tramitación oportuna, la Mesa de contratación, en su reunión de 9 de abril de 2018, acuerda requerir a la empresa Jafetours, S.L., la justificación de la viabilidad de su oferta puesto que se encontraba en el supuesto de baja desproporcionada, en aplicación lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Tras la presentación de la documentación requerida y la emisión del preceptivo informe, la Mesa en su reunión de 23 de abril de 2018, acuerda que la empresa ha justificado su oferta por lo que se propone la adjudicación del contrato a favor de Jafetours, S.L.

Tercero.- Por Resolución del gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social de 9 de mayo de 2018, se adjudica el lote de acuerdo con la propuesta de la mesa.

La Resolución se notificó a las empresas ese mismo día.

Cuarto.- El 22 de mayo de 2018, la representación de las empresas Maitorus, S.L. y Ruiz Movilidad y Transportes, S.L., en adelante UTE Maitours, presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del lote 2.

El recurso argumenta que los infracostes presentados por el adjudicatario son “claramente inferiores a los costes oficiales de coste de transporte discrecional de viajeros en autobús de la Comunidad de Madrid, y la significativa diferencia, inferior en más de un 29% de la oferta presentada respecto a las medias de las obrantes en el procedimiento de adjudicación, presentadas por el resto de licitadores. En los mismos se aprecia, que la oferta presentada por la adjudicataria Jafetours, S.L, ni siquiera se cumple con los costes por kilómetro, establecidos por el observatorio de

costes de la Comunidad de Madrid determinándose un coste por kilómetro de 0,49€ que incluiría combustible, mantenimiento y neumáticos, sobre una distancia de 3.500 kilómetros, resultaría, exclusivamente por los conceptos de mantenimiento, neumáticos y mantenimiento un importe de 18.250 euros, una diferencia superior al 29% de los precios dados por el Observatorio de Costes del Transporte Discrecional de Viajeros de Autobús de la Comunidad de Madrid. Diferencia de porcentaje que se mantiene en el resto de los conceptos con la media del resto de las ofertas presentadas". Aporta junto con el recurso un documento sobre los costes del transporte discrecional de viajeros en autobús de la Comunidad de Madrid 2017, elaborado por la Dirección General de Transportes.

En consecuencia, solicita la anulación de la Resolución de adjudicación y que se adjudique el lote, al posterior licitador en precio.

Quinto.- Del recurso se dio traslado al órgano de contratación que informa que del contenido del informe de viabilidad se desprende que la oferta económica de la adjudicataria cubre los costes derivados de la prestación del servicio por las razones que se analizarán al resolver sobre el fondo, por lo que solicita la desestimación del recurso.

Sexto.- 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 56.3 la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado escrito Jafetours S.L. en el que expone que el documento aportado por la recurrente *"no es un documento oficial, ni está respaldado por ninguna normativa de la Comunidad de Madrid, por lo tanto, ofrece dudas de su imparcialidad y no es obligada su aplicación para determinar el precio del servicio. El transporte discrecional de viajeros se rige en materia de precios por el principio de libre competencia y no hay ninguna tarifa oficial establecida"*. En cuanto a los costes, alega *"que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los negocios celebrados por la empresa y que, analizados desde esta*

perspectiva, pueda apreciarse que producen un resultado favorable (Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 24/2011, de 9 de febrero y 303/2011, de 7 de diciembre de 2011). Estos resultados favorables que la realización de este servicio producen para la empresa adjudicataria, evaluados en su conjunto, hacen que la oferta económica realizada por Jafetours, S.L., no sea obstáculo para llevar a cabo la ejecución del contrato”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.41 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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la Resolución de adjudicación, fue dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de ambas empresas para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de personas jurídicas licitadoras en compromiso de UTE “cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”, puesto que su oferta ha sido clasificada en segundo lugar por lo que la estimación del recurso podría colocarlas en situación de ser adjudicatarias del lote.

Asimismo se acredita la representación de la 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 de valor superior a

100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso la resolución impugnada fue adoptado el 9 de mayo de 2018, notificado ese mismo día e interpuesto el recurso el 22 de mayo, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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 incursa 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.

Respecto a la justificación de la viabilidad de la oferta, consta en el expediente el escrito presentado por Jafetours, S.L., en el que hace constar las condiciones de su oferta: autobús de 55 plazas, consumo medio 27 litros de combustibles a los 100 km y que se encuentra totalmente amortizado. También explica:

"b) El recorrido dentro del itinerario que viene marcado en el Pliego de prescripciones Técnicas del lote nº 2, entre la ida y la vuelta es de 20 Km. totales.

c) El tiempo de ejecución del contrato es de 730 días, que multiplicado por los Km. recorridos diarios para la ejecución del contrato hacen un total de 14.600 Km recorridos en total. Estos datos nos llevan a un consumo de combustible para la

realización del servicio de 3.942 litros que multiplicado por el precio actual del combustible (1,159€), desglosado el IVA (21%) y los descuentos por litro que la empresa Jafetours S.L., tiene con su proveedor Repsol (10,5 céntimos por litro repostado), queda un coste real por litro de combustible para la empresa de 0,871 céntimos. Con todos estos datos, el coste total en combustible para realizar el servicio es de: 3.433,48€.

d) La empresa estima que los costes en neumáticos / aceites, filtros y mantenimiento del vehículo en las dos anualidades de ejecución se pueden estimar en 1.750€.

Total de gastos variables: 5.183,48€

e) Los costes fijos del servicio: seguros, impuesto de circulación del vehículo, parking etc, con la ejecución de este servicio no se ven incrementados debido a que la empresa los tiene que asumir en la misma cuantía realice o no este servicio”.

En cuanto a los gastos de personal, los calcula en base a 2 horas diarias de un conductor, aplicando el convenio colectivo del sector y añadiendo los complementos y costes obligatorios.

El informe señala que “Se ha comprobado el importe total de los gastos del conductor aplicando el convenio citado, cubriendose perfectamente el coste de personal. Una vez vistos los importes correspondientes a los conceptos analizado, estos implican un total de 29.998,34 euros, siendo la oferta presentada por la empresa Jafetours, S.L. de 38.634,00 euros manifestando la misma que existe un margen de beneficio del 22,35 %, que permite asumir gastos generales adicionales que pudieran surgir a lo largo de la ejecución del contrato, así como el beneficio industrial. La máxima diferencia se encuentra en lo relativo a los costes de combustible, de mantenimiento, fijos que incluye entre otros seguros, impuestos de circulación y amortización de los vehículos, la cual se ve minimizada ya que las empresas transportistas suelen amortizar los mismos aproximadamente a los 15 años, en lugar de la calculada por COVIMAD a 10 años. Hay que tener en cuenta, que tal como establece el Pliego de Prescripciones Técnicas los vehículos deben tener una antigüedad inferior a 15 años. Además la aplicación COVIMAD ha calculado

exclusivamente los días de amortización sobre los días de prestación del servicio del presente contrato, pudiendo el vehículo dedicarse a otros usos, fuera del horario de prestación del mismo”.

Comprueba el Tribunal que la recurrente no argumenta sobre los costes indicados simplemente considera que son inferiores a los recogidos en el estudio que aporta que considera un coste de 0,49 euros el kilómetro para autobuses de 36 a 55 plazas. Sin embargo se constata que el estudio aportado es un cálculo de costes realizado mediante la herramienta que ofrece la Comunidad de Madrid para ello a través del observatorio de costes del transporte discrecional de viajeros en autobús para 2017 de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid (COVIMAD). En dicho estudio se indica que se trata de un cálculo sencillo de los costes de los servicios *“que puede ser utilizado de modo orientativo por los operadores del sector en especial por las pequeñas empresas que pueden no contar con herramientas de análisis suficiente”*.

Por tanto, no pueden asumirse directamente esos cálculos sin ponerlos en relación con las prestaciones del presente contrato y con las circunstancias puestas de manifiesto por la adjudicataria en su escrito de justificación.

En primer lugar que se trata de un servicio de 2 horas diarias y que cuenta con otro contrato con ruta compatible que le permite maximizar la utilización del vehículo y asumir los costes fijos. Por otro lado, en cuanto a esos costes fijos y a los de amortización, se explica la diferencia existente respecto del estudio aportado porque, como indica el informe, se han manejado distintos plazos de amortización. Por otro lado, la adjudicataria ya ha indicado que el vehículo se encuentra amortizado.

En cuanto a los costes de personal, el órgano de contratación ha comprobado que están correctamente calculados y no se discuten de contrario.

Todo ello lleva a considerar que el informe está debidamente motivado en su aceptación de la viabilidad de la empresa.

De todo lo anterior se deduce que en el supuesto que nos ocupa, se 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 se encuentra debidamente motivado y por tanto habiéndose justificado de la viabilidad de la misma resulta razonable su admisión y procede desestimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, interpuesto por don E.L.S., en nombre y representación de Maitorus, S.L. y Ruiz Movilidad y Transportes, S.L., licitadoras en compromiso de UTE, contra la Resolución del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social, por la que se adjudica el lote 2 del contrato “Servicio de Transporte de personal de las residencias de mayores Villaviciosa de Odón y Nuestra Señora del Carmen adscritas a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, número de expediente: A/SER-017014/2017.

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 acordada el 30 de mayo de 2018.

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 59.1 de la LCSP.