

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

En Madrid, a 21 de junio de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.M.G., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A., contra la adjudicación del lote 2 del contrato “Servicios complementarios, mantenimiento, limpieza y conserjería de los edificios, colegios e instalaciones deportivas adscritos al Distrito de Retiro” número de expediente: 300/2016/01577, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El Concejal Presidente del Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid convocó el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios mencionado, siendo su tramitación ordinaria y el procedimiento de adjudicación abierto, dividido en lotes y con pluralidad de criterios. La publicación de la licitación tuvo lugar el 29 de diciembre de 2016 en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid y el día 31 de diciembre en el BOE. El valor estimado del contrato asciende a 11.236.317 euros.

**Segundo.-** A la licitación han concurrido en total 26 licitadoras, resultando admitidas

en el lote 2, 14 licitadoras siendo una de ellas la recurrente.

Estando la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad, se procedió a la tramitación del expediente contradictorio a que se refiere el artículo 152.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Con fecha 28 de febrero de 2017, se requirió a la recurrente la justificación de su oferta, aportándose la documentación solicitada el 14 de marzo de 2017.

Vista la justificación en el informe técnico de fecha 22 de marzo de 2017 se concluye que *“no puede deducirse ni garantizarse, por una parte, la viabilidad económica del servicio ofertado ni, por otra, el cumplimiento íntegro del Pliego de Prescripciones Técnicas”*. Dicho informe que formula propuesta de adjudicación a favor de CLECE y de exclusión de la oferta de la recurrente, fue elevado a la mesa de contratación celebrada el 24 de marzo.

Por Decreto de fecha 9 de mayo de 2017 del Concejal Presidente del Distrito de Retiro se acuerda rechazar la oferta presenta por Ferrovial al lote 2, siendo notificado al día siguiente. Constan como motivos del rechazo de la oferta su inviabilidad resultante de la justificación aportada por la recurrente al exceder el coste del personal el precio ofertado y la falta de congruencia en cuanto a la reposición anual de recipientes con lo requerido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

**Tercero.-** Con fecha 1 de junio de 2017, previo anuncio al órgano de contratación, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el Decreto por el que se rechaza la oferta de Ferrovial.

Solicita la recurrente la anulación de la adjudicación del contrato que se acuerde su admisión y se retrotraiga el procedimiento al momento de valoración y clasificación de las ofertas, que deberá volver a realizarse teniendo en cuenta la oferta de Ferrovial.

El 6 de junio de 2017 el órgano de contratación remitió el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. En su informe concluye además de reiterar la apreciación del órgano de contratación sobre la justificación de la viabilidad de la oferta, que la misma incumple el PPT y considera que el recurso formulado es incongruente y carece de motivación.

**Cuarto.-** Con fecha 7 de junio del 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

**Quinto.-** Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, sin que se haya presentado escrito de alegación alguno.

## 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.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador *“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 resultado rechazada su oferta.

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 el rechazo de la oferta de la recurrente en el procedimiento de

licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b).

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo, pues el Decreto impugnado se adoptó el 9 de mayo de 2017, notificándose el 10 de mayo, e interponiéndose el recurso el 1 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Quinto.-** El recurso considera que la decisión de exclusión de la oferta de la recurrente no es ajustada a derecho, teniendo en cuenta que la realización de una oferta con pérdidas no es causa suficiente para su exclusión, que las cuestiones de orden laboral son ajenas a la fiscalización de los órganos de contratación y que se han justificado todos los factores, tanto con carácter general (conocimiento del proyecto por llevar más de dos años prestando el servicio, implantación en la Comunidad de Madrid en la prestación de servicios de idéntico alcance) como de carácter más específico (parque de maquinaria disponible de otros contratos finalizados en otros Distritos cercanos y acuerdos ventajosos con proveedores) que permiten ejecutar la oferta en términos más ventajosos.

Considera además que el fundamento de la inviabilidad de la oferta en la errónea apreciación del incumplimiento del PPT en lo relativo a la entrega de recipientes higiénicos sanitarios, es inadecuado por entender que es una cuestión ajena a la temeridad que no procede plantear en este momento y que el problema en su caso lo será en la ejecución del contrato en el caso de que no se cumplan todas las reposiciones.

El órgano de contratación considera que la motivación está perfectamente explícita en el informe del Departamento Económico del Distrito que evidencia la incongruencia entre los contenedores solicitados y ofertados. Reitera que los pliegos prevén 2.316 recipientes higiénico sanitarios, 1.443 recipientes hospitalarios y 16 recipientes para residuos peligrosos, cuyo coste anual es de 56.993,75 euros excluyendo gastos generales, beneficio industrial e IVA, lo que hace un total para los

dos años del contrato de 113.987,50 euros, mientras que la oferta de la recurrente contempla solamente 193 recipientes higiénico sanitarios y 33 contenedores biosanitarios, así como su coste (que no cuantifica) e imputación a la partida “otros gastos” que cifra en 4.065,93 euros, por lo que no cumple lo exigido en el PPT.

Concluye por último que los motivos alegados en el recurso no son suficientes para explicar la ejecución del contrato a satisfacción de la Administración (por el hecho de ser adjudicataria actual) ni resulta admisible la oferta a pérdidas, ya que no lo argumentó en la justificación de su baja y porque en todo caso de admitirse estaría de más el concepto legal de oferta desproporcionada.

Expuestas las posiciones de las partes conviene recordar que como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS, de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos 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.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

En relación con las prescripciones técnicas como reiteradamente han afirmado los tribunales de contratación, la regulación legal del PPT y las reglas que para el establecimiento de las mismas se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, deben incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la

realización de la prestación y definan sus calidades de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la normativa en materia de contratación pública. Corresponde a la mesa de contratación, según dispone el artículo 22.b del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: *“Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Tanto los informes técnicos como las propuestas de las mesas tiene por objeto asistir técnicamente al órgano de contratación y aun siendo cierto que ni el informe técnico para la valoración de la justificación de la viabilidad de la oferta ni la propuesta de la mesa de contratación -celebrada el día 24 de marzo- advierten expresamente de este incumplimiento acordando que *“procede la exclusión de la empresa Ferroviaria Servicios S.A. y de la UTE COPISA P. & COPISA I. por ser ambas objeto de baja temeraria y no haber podido justificar adecuadamente la oferta”*, es evidente que el incumplimiento del PPT es un motivo suficiente de exclusión de la oferta.

Según lo dispuesto en el Anexo III del PPT en su apartado B) “suministro y reposición de recipientes higiénicos, sanitarios”, cláusula III.7, el objeto de este contrato consiste en prestar *“el servicio de suministro y reposición periódica de recipientes higiénicos de eliminación sanitaria en los aseos femeninos, recipientes biosanitarios, así como otro tipo de sistemas higienizantes y de control de olores en los edificios adscritos al Distrito”*.

En la cláusula III.9 se establece: *“El total de reposiciones previstas de los contenedores de las diferentes dependencias es el siguiente:*

*Total reposiciones de Unidades Higiénico Sanitarias: 2.316 ud.*

*Total reposiciones de Unidades Higiénico Hospitalarias: 1.443 ud.*

*Total reposiciones de Unidades de Residuos Peligrosos: 16 ud.”*

Detallando en una serie de los cuadros (páginas 71-72 del Anexo III) la periodicidad semanal, mensual o semestral en que deberán cambiarse (es decir retirar el contenedor lleno para su vaciado y limpieza y reponer por otro limpio) según tipo de recipiente, en cada ubicación. Así por un lado el PPT describe el número de unidades a suministrar en cada centro y tipo de contenedor y por otra el número de reposiciones en función de la frecuencia que está obligado a realizar.

Comprueba el Tribunal que en la proposición económica de fecha 26 de enero de 2017 se hace constar el siguiente desglose del precio ofertado:

*“Exclusivamente licitación lote II-Contenedores higiénico-sanitarios:*

<b>OFERTA SIN IVA</b>	<b>IVA 10%</b>	<b>OFERTA CON IVA</b>
6.766,46€	676,65€	7.443,11€

”.

Si bien en dicha oferta no se indica la cantidad de contenedores higiénico sanitarios que contempla, y no es sino hasta la justificación de la viabilidad de la oferta efectuada el 14 de marzo de 2017, en que se especifica que *“Ferrovial Servicios se compromete en todo momento y durante todo el período de ejecución del servicio a realizar el suministro, colocación, retirada y reposición de las unidades (193 unidades) de contenedores higiénico sanitarios, y de contenedores biosanitarios (33 unidades, indicadas en el apartado B: “Suministro y reposición de recipientes higiénico sanitarios del PPT” y según las frecuencias establecidas en dicho apartado”*.

De la lectura de los informes, de la oferta y a la vista del contenido del PPT es perfectamente constatable la incongruencia de lo ofertado en el capítulo de contenedores higiénico-sanitarios y de su importe, comprobándose por este Tribunal que:

- Según la oferta inicial, el precio ofertado para los dos años de duración del contrato, para el concepto de contenedores higiénico-sanitarios del lote 2, es de 7.443,11 euros (3.721,55 euros/año).

- Según la justificación presentada el 14 de marzo se imputa a la partida de “otros” (anuncio, contenedores higiénicos, etc.) cifrada en 4.065,93 euros, además de los costes de los contenedores, otros gastos que no se especifican.

- De acuerdo con el apartado 26 del Anexo I del PCAP el importe máximo de los gastos de publicidad de la licitación son 2.500 euros, “*que se distribuirá de acuerdo con los siguientes porcentajes por lote: Lote 1. 16%, Lote 2. 68%, Lote 3. 15%, Lote 4. 1%*”, por lo que en el lote 2, objeto del presente recurso, tales gastos ascenderían a 1.700 euros, siendo claramente insuficiente la consignación de la partida “otros gastos” para sufragar los costes estimados en su oferta.

- Además la literalidad de la oferta consiste en 193 higiénico-sanitarios y 33 biosanitarios, en lugar de lo exigido en el PPT, como más arriba hemos indicado, sin que se justifique ni en la oferta, ni en el recurso que con ese número de contenedores se puede atender adecuadamente a la obligación de reposición en los términos exigidos.

De acuerdo con lo anterior, resulta que la oferta no cumple las exigencias del PPT ni tampoco es viable en cuanto a la cantidad indicada por la propia recurrente para la reposición de contenedores.

En cuanto al momento en que se aprecia el incumplimiento por el órgano de contratación cabe señalar que como hemos expuesto, no es sino hasta la justificación de la viabilidad de la oferta en que “*aflora*” el defecto de la misma puesto que en un primer momento solo se indica la cantidad ofertada por este concepto. No puede reconducirse, como pretende la recurrente, la comprobación de las exigencias de reposición a la fase de ejecución contractual, bajo la premisa de que no se apreció el incumplimiento en el momento oportuno, en primer lugar porque ello es totalmente incompatible con la eficiencia en la contratación pública, y porque además en este caso no se trata solo de evidenciar un incumplimiento en cuanto a la obligación de reposición, sino que además se evidencia la insuficiencia de la partida de costes a la que se imputan los gastos de reposición.

Es cierto que como señalábamos en nuestra reciente Resolución 174/2017, de 7 de junio, con cita de la Resolución 155/2017, de 17 de mayo, *“La valoración y clasificación de las ofertas, debe realizarse exclusivamente respecto de las admitidas a la licitación, es decir, una vez rechazada la considerada temeraria”,* o añadimos ahora, una vez comparadas que cumplen los requisitos mínimos exigidos al producto o servicio a suministrar, *“ya que valorar las ofertas que presenten valores desproporcionados o anormales que finalmente podrían ser inválidas puede alterar la puntuación y determinar la adjudicación de un contrato a empresa distinta a la que resultaría si se hubieran excluido previamente dichas ofertas”,* tal y como ha señalado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 333/2011, cuya fundamentación es aplicable al caso que nos ocupa. Pero no lo es menos que como señala la recurrente en esta licitación no existe un sobre de proposiciones técnicas, sino únicamente el de la oferta económica y que no es sino hasta la explicación de la misma en que puede apreciarse el incumplimiento del PPT.

Por lo que debe desestimarse el recurso por este motivo.

**Sexto.-** Procede no obstante analizar el segundo motivo alegado en el recurso, relativo a la falta de justificación adecuada de la viabilidad de su oferta en relación con los costes del personal al considerar el órgano de contratación que son insuficientes por no cuantificar los correspondientes a la categoría de “encargado” incluido en la relación de trabajadores a subrogar, por ofertar un “técnico gestor/coordinador” cuya categoría no está contemplada en el Pliego, sin valorar su coste en la partida de costes salariales y por no incluir el cálculo correcto de las antigüedades del personal a subrogar. Esta alegación se examinará en relación con la posibilidad planteada por la recurrente de realizar ofertas a pérdidas.

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.).

El PCAP establece los criterios por los que se considerarán en presunción de desproporcionadas o temerarias las ofertas y su apreciación por la Mesa no es objeto de recurso.

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes requeridos, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económica más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas.

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 éstos parezcan anormalmente bajos 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.

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 de licitación 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 ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación. Es necesario que por los licitadores se pueda probar la seriedad de su oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. El carácter contradictorio del procedimiento de verificación permite que se soliciten precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que haya hecho albergar dudas.

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 contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego.

En este caso procede advertir que la petición de justificación no se ha realizado cumpliendo los requisitos establecidos formalmente en tanto que se limita a indicar que la proposición es *“inferior en más de diez unidades porcentuales a la baja de las ofertas presentadas”* requiriendo que presente *“todas las justificaciones que considere oportunas sin limitación alguna”*.

Es reiterada la Jurisprudencia que relaciona esta justificación con el contenido del requerimiento de tal modo que si el órgano de contratación considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento, a pesar de lo cual no se cuestiona el requerimiento por la recurrente.

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.

Constan en el expediente el informe técnico de fecha 22 de marzo de 2017 en los que de manera racional y razonada se motiva el carácter anormal de la oferta de por los siguientes motivos:

1.- Cálculo de los costes salariales: Según el indicado informe, Ferrovial Servicios S.A. no ha incluido las 8.944,50 horas anuales que exige el PPT de la categoría de encargado para prestar en los centros y equipamientos adscritos al Lote 2, alegando que dicho personal pasará a formar parte de su estructura empresarial y sus costes están imputados a los Gastos Generales (3,5%, 79.735,91 euros) y Beneficio Industrial (2%, 45.563,38 euros), lo cual entra en contradicción

con su compromiso de subrogar a todo el personal que consta en el Anexo VI del PPT. Además siendo el coste total anual de esa categoría 120.392,97 euros, para los encargados de los distintos centros, el margen que queda entre la oferta de Ferrovial y el coste laboral de la categoría es muy reducido (125.299,29 euros -120.392,97 euros = 4.906,32 euros).

Además con cargo a la partida de Gastos Generales, ofrece un/a Gestor Técnico/a (Coordinador/a), categoría no contemplada el PPT, cuyo coste tampoco aparece reflejado en los costes salariales y del cual no facilita ninguna información o valoración en términos cuantitativos pero que teniendo en consideración el mismo Convenio Colectivo utilizado en dicha justificación, el del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, esta categoría entra en el Grupo 3, Mandos Intermedios, Encargado general, con un coste anual de 19.461,15 euros/año, al que hay que añadir el coste de la Seguridad social (33,50 % utilizado por el licitador) lo que supone un coste anual total de 25.980,64 euros/año, por lo que para el periodo total de duración del contrato de 2 años el coste de este personal ascendería a la cantidad de 51.961,27 euros.

Por último, el coste de antigüedad del personal a subrogar en los dos años de duración del contrato es 119.947,50 euros, mientras que Ferrovial en su oferta ha considerado 82.432,29 euros, lo que supone una diferencia de 37.515,20 euros.

Se comprueba que en el expediente obra la documentación presentada por Ferrovial el 14 de marzo de 2017 para justificar la viabilidad económica de su propuesta basada en los siguientes motivos:

- Previo conocimiento de las necesidades del servicio en tanto que ha sido adjudicataria de este contrato en los dos últimos años, en este distrito y en otros como es Villaverde, Villa de Vallecas o Vicálvaro, como por las visitas realizadas a todos los centros.

- Una maquinaria y medios auxiliares totalmente amortizados y liberados al no

haber resultado adjudicataria en la última licitación convocada para prestar este servicio en los distritos de Villaverde, Villa de Vallecas y Vicálvaro por lo que están desde el primer día a disposición del contrato en licitación sin repercutir esos costes, salvo por recambios o averías.

- Compromiso de subrogar a todo el personal, incluidos los 2 encargados, adscritos a este servicio y a cumplir con las horas de prestación exigidas en el PPT (8.944,50 horas/año) aunque no incluye en el cuadro de costes de personal porque *“este personal formará parte de su estructura empresarial y sus costes estarán imputados a los gastos generales y beneficio industrial”*.

- Las 20.500 horas incluidas en la categoría de limpiador previstas realizar en zonas evacuatorias las realizara con personal de la categoría de vigilante, conserje u ordenanza tal y como viene haciendo en estos 2 últimos años y detalla tablas salariales según las cuales el coste total anual para esa categoría es 14.792,93 euros, en lugar de los 19.619,83 euros de la categoría de limpiador. Por lo que los costes se cifran en 171.745,92 euros/año (343.491,84 euros los dos años), en lugar de 402.206,51 euros/año, (19.619,83 euros \* 20.500 = 402.206,51 euros \* 2 años = 804.413,02 euros).

- Incluye detalle de tablas salarial y horas del contrato a tenor de lo cual su oferta se concreta en los siguientes cálculos:

CATEGORÍAS	HORAS ANUALES S/SERVICIOS	HORAS ANUALES S/CONVENIO	NÚMERO OPERARIOS A JORNADA COMPLETA	SALARIO SIN SEGURIDAD SOCIAL EUROS	SALARIO CON SEGURIDAD SOCIAL EUROS	COSTE ANUAL EUROS	COSTE 2 AÑOS EUROS
ESPECIALISTA	8.411,50	1.739,00	4,84	16.980,00	21.624,33	104.661,76	209.323,52
PEON ESP/ CRIST.	3.270,00	1.739,00	1,88	14.851,20	19.826,35	37.273,54	74.547,08
LIMPIADOR/A	68.659,00	1.739,00	39,48	14.696,50	19.619,83	774.590,89	1.549.181,78
VIGILANTE/ CONSERJE/ ORDENANZA	20.500,00	1.765,00	11,61	11.300,94	14.792,93	171.745,92	343.491,84

- Además pondrá a disposición un Gestor/Técnico Coordinador /a cuyo coste no se refleja en los costes salariales ya que forma parte de su estructura.

- En cuanto a la antigüedad del personal siendo concedora por ser la actual prestadora, la estima en 64,50 trienios a 639,01 euros \* trienio, en 82.432,29 para los dos años y destaca que *“en este contrato se exigen un mayor nº de horas que en el anterior por lo que tendrá que contratar a personal de nueva contratación, y por lo tanto sin antigüedad, lo cual hace que nuestros costes se vean reducidos en una gran medida”*.

- Incluye un escandallo de costes del contrato incluidos en el precio ofertado, que es el siguiente:

CONCEPTO	IMPORTE
COSTE PERSONAL LIMPIEZA S/CONVENIO	1.833.052,38
COSTE PERSONAL VIGILANTE, CONSERJE, ORDENANZA S/CONVENIO	343.491,84
COSTE ANTIGÜEDAD	82.432,29
COSTE ABSENTISMO	11.983,83
BONIFICACIONES	-35.043,75
TOTAL COSTES DE PERSONAL	2.235.913,59
UNIFORMIDAD	4.165,00
MAQUINARIA Y MEDIOS AUXILIARES	3.804,49
MATERIALES	30.216,74
OTROS (ANUNCIO, CONTENEDORES HIG., ETC.)	4.065,93
TOTAL COSTES	2.278.168,75
GASTOS GENERALES (3.5%)	79.735,91
BENEFICIO INDUSTRIAL (2%)	45.563,38
TOTAL COSTE CONTRATO IVA EXCLUIDO	2.403.468,04

A continuación explica el resto de costes distintos a los de personal y

antigüedad anteriormente expuestos.

La doctrina de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación considera que no puede ser objeto de enjuiciamiento los aspectos materiales o sustantivos del juicio de viabilidad, que corresponde al ámbito de la discrecionalidad del órgano de contratación, sino la valoración de la suficiencia relativa a la motivación de los aspectos considerados por el mismo, comprobando que sea racional y razonable.

Si bien, alguna vez, se ha admitido la presentación y se ha aceptado la viabilidad de ofertas en pérdidas, también es cierto que el *dumping* es una práctica de asumir contratos en pérdidas con el fin de eliminar competidores proscrita por la legislación de defensa de la competencia. Como antes hemos dicho, corresponde a la discrecionalidad del órgano apreciar motivadamente la viabilidad de la justificación y en el supuesto que nos ocupa así es. Por otro lado es cierto como aduce la recurrente que las cuestiones atinentes a la legislación laboral son intangibles a los órganos de contratación, como también ha señalado en reiteradas ocasiones este Tribunal, al afirmar que no solo la Administración no está vinculada por lo establecido en un convenio colectivo para fijar el precio de un contrato sino tampoco los licitadores a la hora de realizar su proposición económica (debe tenerse en cuenta el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que flexibiliza el alcance de la vinculación de los convenios colectivos.) En tales casos el Tribunal madrileño aplicando la doctrina anterior considera dentro del ámbito de la libertad de empresa la distribución de costes.

Ahora bien, caso distinto se produce cuando la oferta de la adjudicataria está incurso en presunción de temeridad, cuestión que encuentra acomodo expreso en el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuando establece en su artículo 69 que *“Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las*

*obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.2.” entre las que figuran las relativas a “materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”. Las afirmaciones de la recurrente respecto de la no vinculación al convenio colectivo, en este caso suponen relativizar el contenido de dicho precepto. Efectivamente la referencia al cumplimiento de las obligaciones legales abarca tanto las derivadas de los convenios sectoriales, como los de empresa, ambos admitidos en nuestro sistema legal, como hemos indicado más arriba. En este caso Ferrovial no acredita tener un convenio distinto del aplicable que le permita aplicar unos costes laborales menores en condiciones ventajosas, por lo que no puede invocar una doctrina y jurisprudencia, que por lo demás es anterior a la Directiva 2014/24/UE, de forma absoluta sin tener en cuenta la obligación del cumplimiento de las obligaciones laborales a la hora de justificar la viabilidad de la oferta.*

Comprueba el Tribunal que en la proposición presentada el 26 de enero de 2017 Ferrovial incluye una declaración por la que se compromete al mantenimiento del empleo, según modelo de proposición económica que figura en el Anexo II del PCAP. *“Las propuestas que se comprometan, durante todo el periodo de ejecución del contrato, a mantener la plantilla mínima descrita en el pliego de prescripciones técnicas, como consecuencia de la subrogación de las personas trabajadoras en cualquiera de sus modalidades, sin que proceda suspensión o extinción de los contratos de trabajo de la plantilla salvo las suspensiones o extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora o las que sean consecuencia de despidos disciplinarios. Aquellas entidades que incluyan este compromiso en su oferta, deberán acompañar a cada factura una declaración responsable en la que manifieste el mantenimiento del personal encargado de la ejecución del contrato. El cumplimiento de esta obligación tiene la condición de obligación contractual esencial”.*

Resulta que Ferrovial a pesar de dicho compromiso de estabilidad en el empleo y de manifestar su intención de subrogar a todo el personal plantea,

modificar las condiciones laborales de los trabajadores con categoría de limpiador que venían prestando las 20.500 horas previstas realizar en zonas evacuatorias (cuyo coste se cifra en 804.413,02 euros) y que según su oferta se realizarán con personal de la categoría de vigilante, conserje u ordenanza, cuyo coste es muy inferior (343.491,84 euros), no refleja el coste de 120.392,97 euros correspondiente a las 8.944,50 horas anuales que exige el PPT y que desempeña el personal con categoría de encargado, y tampoco refleja el coste correspondiente al Gestor Técnico/Coordinador.

La subrogación prevista en el PCAP tiene naturaleza convencional, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el convenio colectivo del sector que resulte de aplicación para conocer en qué supuestos, condiciones y que requisitos deben cumplirse para que pueda operar la subrogación empresarial, análisis que debió realizar Ferrovial sin mayor dificultad en tanto que es la actual adjudicataria del servicio lo que le ha permitido reajustar su propuesta en los términos antes descritos, logrando unos ahorros considerables por nuevas contrataciones bonificadas, antigüedades, etc. Lo cual siendo lícito no resulta posible en este caso al haber asumido Ferrovial un compromiso de estabilidad del empleo que le vincula y obliga a mantener a toda la plantilla objeto de subrogación en las mismas condiciones en que estuvieran prestando el servicio.

Por lo que su oferta económica debería ser congruente con dicho compromiso, no solo en las cuestiones planteadas por el órgano de contratación (horas categoría encargado y antigüedad del personal) sino en otras que no discute como es el cambio de categoría de limpiador a ordenanza en un porcentaje considerable de la plantilla, renovación de plantilla por trabajadores cuya contratación esta bonificada y sin antigüedad.

Sin olvidar que la oferta debe contemplar todos los costes incluso aquellos que oferta con cargo a la partida de gastos generales, ya que se trata de demostrar la viabilidad de la misma cuya apreciación corresponde realizar al órgano de contratación que en su informe sobre la justificación presentada concluye que no es

viable porque después de imputar el coste total anual correspondiente a la categoría de encargado (120.392,97 euros) la diferencia neta es tan solo de 4.906,32 euros según cuadro adjunto:

CONCEPTO	OFERTA FERROVIAL ANUAL	COSTE ANUAL TOTAL ENCARGADOS EDIFICIOS Y COLEGIOS ESTUDIO ECONÓMICO	DIFERENCIA
GASTOS GENERALES (3.5%)	79.735,91 €	120.392,97€	4.906,32€
BENEFICIO INDUSTRIAL (2%)	45.563,38€		
TOTAL	125.299,29€		

Amén del coste del Gestor Técnico ofertado que tampoco valora y que el órgano cifra en 51.961,27 euros que habría que descontar de sus gastos generales y beneficio industrial.

Por todo lo cual el Tribunal considera que la decisión del órgano de contratación, resulta objetiva y razonable, estando motivada y no excediendo los límites de la discrecionalidad técnica que le es dada por lo que debe desestimarse el recurso también en cuanto a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por don M.M.G., en nombre y representación de Ferrovial Servicios S.A., contra la adjudicación del lote 2 del contrato "Servicios complementarios, mantenimiento, limpieza y conserjería de los

edificios, colegios e instalaciones deportivas adscritos al Distrito de Retiro” número de expediente: 300/2016/01577.

**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.-** Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el 7 de junio 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.