

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

En Madrid, a 28 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.A.B., en nombre y representación de Arasti Barca M.A., S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de fecha 19 de mayo de 2017, por el que se adjudica el contrato “Enseñanza de disciplinas deportivas en las instalaciones deportivas municipales”, número de expediente: 2016043 SER, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de enero de 2017, se publicó en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Las Rozas y en el DOUE, y el 28 de enero de 2017 en el Boletín Oficial del Estado, el anuncio por el que se hace pública la licitación del contrato de servicios indicado, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, todos ellos objetivos. El valor estimado del contrato asciende a 4.115.237,46 euros, con una duración prevista de cuatro años prorrogables, hasta un total de seis años.

Segundo.- Según establece la cláusula XVII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se otorgará a la oferta económica hasta un máximo de 90

puntos, de acuerdo con la siguiente fórmula, no siendo objeto de valoración las ofertas declaradas desproporcionadas:

$P = (TI - Ofb / TI - Oe) * 90$, siendo:

- P: la puntuación obtenida.
- TI: Presupuesto base de licitación.
- Ofb: Oferta económica correspondiente al licitador que se valora.
- Oe: Oferta más económica de todas las presentadas que no haya sido declarada desproporcionada.

Disponiendo el PCAP en la cláusula XVIII que *“En relación a las ofertas económicas, serán consideradas desproporcionadas las que se encuentren en los supuestos señalados en el art. 85 del RGLCAP. Aplicados los criterios anteriores, en caso de que una proposición pueda ser considerada como desproporcionada o anormal, se procederá conforme a lo dispuesto en el art. 152 del TRLCSP”*.

Tercero.- Al procedimiento han concurrido un total de veinte empresas una de ellas la recurrente, que ha quedado clasificada en segundo lugar.

Con fecha 19 de mayo de 2017 por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local se adjudica el contrato a Elitesport Gestión y Servicios, S.A. (en adelante EGYSSA) al haber sido excluido previamente, mediante acuerdo de fecha 7 de abril adoptado por el mismo órgano, Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales, S.L.-Provire Productos, S.L., por no haber presentado la justificación de la viabilidad de su oferta presuntamente temeraria.

El Acuerdo de adjudicación fue notificado a los licitadores el 24 de mayo de 2017, publicándose el 30 de mayo en el portal de contratación del Ayuntamiento de Las Rozas el certificado del Secretario accidental del Ayuntamiento, correspondiente a la sesión de la Junta Local celebrada el 19 de mayo de 2017, en que se aprobó el acuerdo impugnado.

Cuarto.- Con fecha 8 de junio de 2017, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el escrito, dirigido a este Tribunal, de recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo por el que se adjudica el contrato, por considerar que la oferta de la adjudicataria no es viable, toda vez que su importe es prácticamente idéntico al de los costes de personal calculados por el Coordinador de Instalaciones, a los que habría que añadir los demás costes de las obligaciones impuestas por el Pliego y la subrogación de determinado personal así como las mejoras ofertadas, y considerar que es de imposible cumplimiento.

El órgano de contratación remitió al Tribunal el recurso, copia del expediente e informe preceptivo de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP, donde tuvo entrada el 15 de junio de 2017.

En su informe, manifiesta que se ha seguido escrupulosamente lo dispuesto en el artículo 151.1 y 2 del TRLCSP para realizar el trámite de la clasificación de las ofertas resultando el umbral de temeridad en 17,35%, mientras que el porcentaje de baja de la oferta de la adjudicataria es del 16,01%, por lo que no cabe apreciar temeridad y recuerda la existencia de resoluciones de los Tribunales de Contratación así como el informe 34/01 de 13 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que impide no adjudicar un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo.

Quinto.- Con fecha 21 de junio de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- 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. Ha formulado alegaciones EGYSSA de las que se dará cuenta al analizar el fondo del recurso.

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 una licitadora clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 19 de mayo de 2017, la notificación a la recurrente fue realizada el 24 del mismo mes y se interpuso el recurso el 8 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, sostiene la recurrente que la oferta de EGYSSA supone una bajada del 16,01 % del tipo de licitación, y se cifra en la cantidad de 576.064,65 euros/año. Compara este importe con el anexo I del PCAP que refleja los costes de personal, efectuados por el Coordinador de Instalaciones y el Jefe del Servicio Médico y los de la bolsa anual de 1.998 horas, que ascienden a la cantidad de 576.363,79 euros/año, y concluye que solo con los costes de personal la oferta ya sería deficitaria.

Además advierte que habría que añadir los importes correspondientes a otras

obligaciones contractuales como son:

- adscribir a la ejecución del contrato un Coordinador, (Personal subrogado, no incluido en los gastos de personal);
- uniformidad para el Personal;
- cumplir con las antigüedades del personal;
- sustitución del personal; Prevención de Riesgos;
- vigilancia de la salud de los trabajadores;
- reciclaje profesional; aportación de materiales;
- pago del anuncio en Boletines hasta un máximo de 1.200 €;
- otro personal de estructura con derecho a subrogación como administrativo;
- y las mejoras por la prestación de 250 horas de escuelas deportivas y 200 horas de fitness, etc.

Por su parte, opone el órgano de contratación en su informe que de acuerdo con el artículo 152 del TRLCSP, cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, como es el caso, *“Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrá indicarse en el pliego los límites que permiten apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”*. Añade que el PCAP que rige el presente contrato, remite expresamente al artículo 85 del RGLCAP. De acuerdo con lo cual en este caso al concurrir más de cuatro licitadores, se consideran desproporcionadas las ofertas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, una vez descartadas las que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía. En el presente caso, el umbral para considerar desproporcionada la oferta está en el 17,35 % de baja y la oferta presentada por el adjudicatario presenta un porcentaje de baja del 16,01 %, por lo que no cabe apreciar presunción de “temeridad” en la misma.

Acompaña a su informe un cuadro resumen para el cálculo de la baja temeraria en el que figuran los importes de las dieciocho ofertas admitidas en la licitación y en el que consta que la media aritmética de las ofertas se cifra en 2.519.295,23 euros, siendo el importe correspondiente a las 10 unidades porcentuales inferiores 2.267.365,71 euros. El presupuesto base de licitación se cifra en 2.743.491,64 euros, por lo que trasladando el cálculo, sería temeraria aquella oferta que presentara una baja superior a 17,354743 %.

Añade que no han sido recurridos los Pliegos en cuanto al criterio para determinar las ofertas que podrían encontrarse en “baja desproporcionada” y que no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo.

EGYSSA, en trámite de alegaciones, argumenta que *“Si bien es cierto que en el anexo I de los Pliegos de Condiciones que sirven de base al presente concurso se cifra el importe de los costes salariales, sin embargo, realizando un análisis exhaustivo de la documentación, se puede concluir que, para la elaboración de tales costes por parte del Ayuntamiento, se ha utilizado un sistema de redondeo al alza y ello, por las siguientes razones:*

1- Como se puede comprobar, en el desglose de los monitores necesarios establecido en el punto dos el Pliego de Prescripciones Técnicas, se establece que los monitores prestarán servicios durante nueve meses y medio, sin embargo en el anexo I, a la hora de realizar la evaluación económica de los monitores, se calculan los costes sobre 10 meses al año.

Por otra parte los servicios que en el pliego de prescripciones se establecen en once mensualidades, al hacer la valoración del coste económico en el anexo I, se presupuesta sobre doce mensualidades de coste.

Resulta evidente que con ese ajuste, se produce, una disminución de los costes presupuestados en, al menos, un 5 %. Sobre lo cifrado en el anexo I.

2.- Al ahorro en los costes salariales, se ha de añadir que el coste presupuestado de

Seguridad Social de los trabajadores se ha realizado, por el Ayuntamiento, sobre la base de un pago a Seguridad Social del 36% de las bases de cotización de la Seguridad Social de los trabajadores cuando lo cierto es que, de acuerdo con las normas de cotización, atendiendo los riesgos y porcentajes establecidos para accidentes de trabajo, ese coste no superará el 32,2 %.

Como consecuencia de la realización de esos ajustes, se obtiene el coste real y no el coste al alza por redondeo, pudiendo establecerse el coste real en torno a los 530.000,00 € y no a los 576.363,79 previstos por el propio Ayuntamiento”.

Respecto de las mejoras propuestas, indica que están previstas con un coste de 14.000 euros y que en los gastos generales están incluidos el coordinador, trabajador de plantilla de la empresa, la prevención de riesgos, vigilancia de la salud, reciclaje y pago del anuncio, habiéndose presupuestado la cantidad de 25.000 euros. Por lo tanto sostiene que su oferta es viable y el recurso debe ser desestimado.

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.

La cláusula XVIII del PCAP es clara al remitir al artículo 85 del RGLCAP.

Constata este Tribunal que en las Actas de la mesa celebrada el 15 y el 24 de marzo se acordó *“rechazar la oferta económica presentada por la mercantil BCM Gestión de Servicios S.L al comportar error manifiesto”* toda vez que se comprometía a ejecutar el servicio durante los cuatro años de vigencia del contrato por un importe de 679.025,42 euros, lo que según el órgano de contratación supone un porcentaje de baja de 75,25 %, por lo que procede su rechazo.

Una vez rechazada esa oferta y realizados los cálculos sobre las restantes se comprueba que la oferta de la UTE Ortem Servicios y Actuaciones Ambientales, S.A.U.-Provire Productos, S.L., por importe de 2.141.923,94 euros supone una baja del 21,93 % por lo que se acordó requerir justificación de la viabilidad de su oferta, sin que presentara la oportuna justificación por lo que fue excluida.

De acuerdo con el informe técnico emitido por los servicios competentes en fecha 2 de abril de 2017 se procedió a la valoración de las ofertas por aplicación de los criterios de adjudicación valorables en cifras o porcentajes, resultando clasificada en primer lugar Elitesport Gestión y Servicios, S.A.

Constata el Tribunal que efectivamente la oferta de EGYSSA es de 2.304.258,63 euros y las 10 unidades porcentuales inferiores a la media de las bajas es 2.267.365,71 euros, por lo que no puede apreciarse presunción de temeridad.

Por otro lado, la recurrente no cuestiona que la baja realizada por la empresa finalmente adjudicataria, no sea considerada temeraria o desproporcionada, sino la inviabilidad económica de la oferta para realizar las prestaciones exigidas. Siendo así, no procede iniciar el procedimiento contradictorio señalado ni solicitar aclaración o justificación posterior.

Por todo ello 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 interpuesto por don M.A.B., en nombre y representación de Arasti Barca M.A., S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de fecha 19 de mayo de 2017, por el que se adjudica el contrato “Enseñanza de disciplinas deportivas en las instalaciones deportivas municipales”, número de expediente: 2016043 SER.

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 el Tribunal el 21 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.