

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

En Madrid, a 16 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Pebetero Servicios de Formación, S.L. (en adelante, Pebetero) contra el Decreto del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tres Cantos, de 29 de enero de 2023, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “servicio de jornadas lúdico educativas en días laborables no lectivos para la conciliación de la vida familiar y laboral”, número de expediente 2022/34/con, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 19 de octubre de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 400.000 euros y su plazo de duración será de dos años con posibilidad de prórroga por otros dos.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Realizada la apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa y económica, se comprueba que la oferta de Pebetero se encuentra incurso en baja anormal por lo que se desarrolla el procedimiento contradictorio establecido en el artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

La recurrente presenta la justificación de la viabilidad de su oferta, que es analizada, y el 23 de diciembre de 2022 se emite informe técnico en el que concluye que la oferta no es viable. Dicho informe es aceptado por la mesa de contratación y propone al órgano de contratación la exclusión de Pebetero.

El 29 de enero de 2023 mediante Decreto del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Madrid excluye a la citada mercantil.

Tercero.- El 27 de febrero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Pebetero en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión.

El 7 de marzo de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por la recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de enero de 2023, practicada la notificación el 6 de febrero de 2023, e interpuesto el recurso el 27 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Alega la recurrente que el informe técnico emitido sobre la viabilidad de su oferta carece de argumentos necesarios y no cumple con los requisitos elementales de racionalidad y motivación reforzada que debe contener para desvirtuar la viabilidad de la oferta. A su juicio el informe contiene errores muy graves en el cálculo de los distintos conceptos de gasto de la licitación.

En el informe técnico se critica que sólo se contemple 3.000 participantes para hacer los cálculos de ingresos y gastos de la ejecución del contrato y no plantear otros escenarios, pero como bien dice en su informe el número de inscritos en el ejercicio 2021 fue de 2.518 niños/as, en el que hay que tener en cuenta las circunstancias especiales provocadas por la incidencia del Covid-19, donde las familias eran reticentes a inscribir a sus hijos/as en cualquier actividad donde hubiera un número de participantes elevado por el riesgo de contraer el virus, hecho que la recurrente ha constatado en las múltiples actividades y eventos que han llevado a cabo en ese período. En el año 2022 (solamente hasta septiembre, debido a que aún no estaba ejecutado el periodo de navidad), como bien dice la informante, el número de participantes fue de 3.242, por encima de lo previsto por la recurrente en el informe justificativo, por lo que entienden que el número elegido por esta de 3000 participantes para justificar la oferta y su viabilidad, es realista, sensata y objetiva.

Con este número de participantes el beneficio que alcanza la recurrente sobre el precio ofertado es del 12,38%, además, destaca que ha incluido 1.500 euros para gastos imprevistos.

En el informe técnico se contempla 4 supuestos distintos, utilizando en cada supuesto datos de participantes de los años 2021 y 2022. Argumenta que realizar estas comparativas con distinto número de participantes puede tener una muestra más realista y comparativa de los costes económicos de la oferta de la mercantil. Señala que “*echa de menos*” que en la justificación realizada por la empresa no haya realizado otros supuestos económicos con alguna variación de niños solicitantes, puestos que estos datos son variables.

La recurrente manifiesta discrepancias con el informe técnico

En los cuatro supuestos planteados el informe comete errores de cálculo que incrementan de forma importante el gasto y menguando el beneficio pero que en cualquier caso arrojan resultados positivos. Señala que en la justificación de su oferta

los salarios están calculados de acuerdo con el convenio para 2023 y los precios de catering que les han ofertado sus proveedores contempla la subida de la inflación.

Al respecto cita nuestra Resolución 449/2022 *“En cuanto al beneficio industrial es criterio de los tribunales de contratación, que la ausencia de beneficio industrial no desvirtúa ni hace temeraria una oferta, pudiendo admitirse sin riesgo alguno, los casos en que los presupuestos rebajan e incluso anulan este concepto, ya que en muchas ocasiones el beneficio industrial no se limita a una cantidad monetaria sino a otras formas remunerativas que podríamos calificar como en especie, tales como adquisición de solvencia técnica, mantenimiento de trabajos para la empresa, posicionamiento en el mercado, etc.”*. Por lo que no tener beneficios industriales, en su caso, no desvirtuaría ni haría temeraria la oferta, que, ni en el supuesto menos favorable esgrimido por la técnica, habría ausencia de beneficios.

Se opone también a que tenga que incluir el gasto de IVA de los desayunos y comidas, pues aumentar el gasto de la empresa en la ejecución del contrato, sin que el mismo pueda compensarse por la vía de los ingresos, para disminuir el beneficio con la finalidad de justificar la inviabilidad de la oferta de la mercantil no tiene justificación técnico- jurídica, siendo lo correcto no incluir el IVA en las operaciones de cálculo, o bien detallar en el mismo que es recuperable por las empresas en sus declaraciones trimestrales ante la Agencia Tributaria.

En el referido informe se señala que en el documento de justificación de la viabilidad de la oferta presentada no incorporemos subidas de salarios y precios que pudieran producirse en años sucesivos, indicando la firmante del informe, que el mercado está sometido a variaciones de la inflación y aumento de salarios por cambios en los convenios colectivos, pero lo cierto es que en el documento de informe justificativo del precio que realiza el órgano de contratación, a la hora de establecer el precio del contrato, tampoco tiene en cuenta estas posibles variaciones, pues son entendidas dentro del principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa, en caso de producirse deben ser asumidas por el empresario.

Opone también que en el informe se establece una subida de precios de los alimentos del 15% con respecto al determinado en su justificación, pues en su justificación ya han contemplado una subida del 13%.

En el informe técnico señala que la recurrente, en el documento justificativo de la oferta, opta por un supuesto donde todos los niños desayunan, además de la comida, la cual es obligatoria para todos los alumnos asistentes, lo que supone realizar un supuesto contando con el máximo de ingresos según número de solicitudes. En los cálculos realizados en el informe contemplan un supuesto indicando que desayunan menos niños, pero no descuenta los cálculos de gastos de los salarios de los monitores que no tienen que estar en las horas de desayuno. Al respecto realiza unos cálculos descontando esos gastos salariales que da como resultado unos beneficios entre el 7,80% y el 15,25%.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el informe técnico es racional y debidamente motivado, circunstancia que se pone de manifiesto porque la recurrente ha necesitado hasta siete folios para ir, punto por punto, por todos los ítems que se han analizado en el reiterado informe. Así considera que se ha dado debido cumplimiento al procedimiento contradictorio del artículo 149.4 de la LCSP y apela a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la oferta incurso en anormalidad se encuentra justificada.

El artículo 149 LCSP, regula las ofertas anormalmente bajas, refiriéndose a la posible justificación presentada por el licitador y a su valoración por la mesa de contratación, en el siguiente sentido:

“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de

los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

(...)

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

(...)

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que

hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”.

La doctrina consolidada, respecto a la justificación de las oferta anormalmente bajas, se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo, que dice: *“Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:*

‘La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el acuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, ‘El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos...’ (...) De otra parte, en la Resolución 786/2014,

de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que ‘la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones’. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable (...)’.

De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incursa en presunción de baja temeraria y no a excluirla, la prolija motivación para mantener la oferta que reclama el recurrente del órgano de contratación no es exigible. Y la aceptación de la oferta resulta ajustada a derecho, ya que una vez determinada la oferta incursa en presunción de anormalidad, se dio traslado para la justificación a la misma, habiendo efectuado dicha justificación en términos asumidos por el órgano de contratación.

En este contexto, la justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo

a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.

Como sostiene la Resolución del TACRC 1589/2022, de 22 de diciembre, “De acuerdo con la doctrina expuesta, el control de este Tribunal ha de centrarse en estos supuestos, en determinar si el informe técnico fundamenta de forma suficiente y adecuada el carácter satisfactorio de las explicaciones dadas por la empresa licitadora incurso en baja anormal y, por ello, la admisión de su oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para descalificarlas gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada”.

En el mismo sentido la Resolución del TACRC 1561/2022, de 15 de diciembre, “Para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado –inicialmente– como anormal o desproporcionada, resulta infundado o apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, y ello exige una resolución más intensa en caso de que no vayan a acogerse las justificaciones del licitador.

No ocurre así cuando el informe sobre la justificación de la oferta la estima suficiente, pues, para entender desvirtuada la presunción iuris tantum de temeridad a juicio del órgano de contratación, no es preciso la motivación del informe y de la resolución que así lo concluya tenga ese carácter más intenso”.

En el caso que nos ocupa, en primer lugar, sorprende a este Tribunal que el órgano de contratación no haya realizado ninguna alegación en relación con lo manifestado por la recurrente sobre los errores apreciados, a su juicio, en el informe técnico.

Al margen de lo anterior, y en contra de lo alegado por la recurrente, a juicio de este Tribunal el informe técnico se encuentra motivado, cuestión diferente es que se discrepe del mismo.

Se indica en el informe que Pebetero opta por un supuesto de 3.000 niños repartidos en 30 jornadas, dónde todos los niños desayunan además de la comida, que es obligatoria, lo que supone realizar un supuesto contando con el máximo de ingresos según número de solicitudes.

En el informe técnico se realizan cuatro supuestos económicos tomando como base los precios que ha utilizado la empresa. Para ello, dos supuestos parten con los datos reales de solicitudes en 2021 (2.518 solicitudes) y en 2022, datos hasta septiembre (3.242 solicitudes), incluye en los cálculos el 10% de IVA en los suministros de comida que considera que deben incluir por ser gastos de explotación.

En los otros 2 supuestos parten del mismo número de solicitudes e incrementan los precios de la comida en un 15%. Los precios de los salarios no se varían en ninguno de los dos años pues se supone que los salarios de la justificación técnico económica pudieran contener el incremento de 2021, pues están actualizados. Además, incluye 0,5 monitor para niños con Necesidades Educativas Especiales.

De acuerdo con estos supuestos que plantea el informe técnico concluye:

“Margen de Beneficios:

Supuesto 1º 2021= 1.881 € (3,43%)

Supuesto 1º 2022= 5.613 € (7,96%)

Supuesto 2º 2021= 305 € (0,56%)

Supuesto 2º 2022= 3.587 € (5,09%)

Se puede comprobar que la oferta realizada por la empresa Pebetero S.L. no funciona bien, tanto si los alumnos solicitantes bajan de 3.000 como si están por encima de esa cifra. Siendo escaso el margen de beneficios para afrontar las contingencias de un servicio cuya demanda y gastos de explotación son poco previsibles siempre y más en el momento actual.

De los 4 supuestos, sólo uno de ellos produce un margen de beneficio del 7,96% y ello es a costa de mantener inamovibles el precio de los alimentos y de los salarios, supuesto que es muy poco realista, al menos de cara al año 2023.

Los márgenes son tan exigüos que cualquier pequeña desviación económica de precios o salarios llevaría consigo pérdidas para la empresa. Así, se considera que es una oferta sin viabilidad económica”.

Sin necesidad de entrar a valorar las discrepancias del recurrente sobre los cálculos realizados por el órgano de contratación, se observa que el órgano de contratación llega a la conclusión de la inviabilidad de la oferta por el escaso margen de beneficios que obtendría la empresa, considerando además que el número de solicitudes puede variar.

Al respecto señalar que, como cita la recurrente, es criterio de los Tribunales de Contratación que la ausencia de beneficio industrial no desvirtúa ni hace temeraria una oferta.

Por ello, este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que la oferta es inviable no se encuentra dentro del ámbito de la discrecionalidad que le es dada, por lo que debe admitirse la oferta de Pebetero.

En consecuencia, se estima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Pebetero Servcios de Formación, S.L. contra el Decreto del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tres Cantos, de 29 de enero de 2023, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de “servicio de jornadas lúdico educativas en días laborables no lectivos para la conciliación de la vida familiar y laboral”, número de expediente 2022/34/con.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.