

Recurso nº 216/2022

Resolución nº 238/2022

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

En Madrid, a 22 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. (en adelante EULEN), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, de 10 de mayo de 2022, por el que se adjudica el contrato de “Servicio de Teleasistencia Domiciliaria Municipal” número de expediente 17427/21, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 30 de enero de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 2 de febrero en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 277.793,33 euros y su plazo de duración será de dos años, con posibilidad de prórroga por otros dos años más.

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

Segundo.- Tras la tramitación del procedimiento de licitación mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, de 10 de mayo de 2022, se adjudica el contrato a la UTE FERROVIAL SERVICIOS, S.A.U. Y SANIVIDA, S.L.

Tercero.- El 2 de junio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de EULEN en el que solicita que se anule la adjudicación, procediendo la adjudicación a la recurrente por los motivos que se expondrán más adelante.

El 9 de junio de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que fueron presentadas dentro del plazo establecido.

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, pues a pesar de estar clasificada en tercer lugar solicita la exclusión de la adjudicataria y una nueva valoración de su oferta en relación con los criterios sociales, lo que implicaría, ante una hipotética estimación del recurso, que fuese adjudicataria.

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 10 de mayo, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 12 de mayo, e interpuesto el recurso el 2 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso manifiesta la recurrente que en relación con los criterios de adjudicación, en concreto los criterios sociales, respecto de los que se puede obtener como máximo 10 puntos, consta los siguiente en el PCAP:

Por la presentación de un plan de formación continua. Deberá contener como mínimo en documento ad hoc: <ul style="list-style-type: none"> • Objetivos • Planificación anual (por cada año de contrato) • Cronograma • Contenidos • Recursos • Cuestionario de evaluación • Informe anual de evaluación de la formación 	2 puntos
Por la presentación de un Plan de Conciliación Laboral y Personal. Deberá contener como mínimo en documento ad hoc: <ul style="list-style-type: none"> • Objetivos • Planificación anual (por cada año de contrato) • Cronograma • Contenidos • Recursos • Cuestionario de evaluación • Informe anual de evaluación de la formación 	4 puntos
Por la presentación de un plan de calidad. Deberá contener como mínimo en documento ad hoc: <ul style="list-style-type: none"> • Objetivos • Planificación anual (por cada año de contrato) • Cronograma • Contenidos • Recursos • Cuestionario de evaluación • Informe anual de evaluación de la formación 	4 puntos

De lo expuesto se desprende que había que presentar un Plan de Formación Continua, un Plan de Conciliación Laboral y Personal y un Plan de Calidad que debían contener la información que se indica, pero no se determina el modo en que había de incluir la citada información. Además, se exigirá un *“Informe anual de evaluación de la formación”* para los tres planes, cuando el Plan de Conciliación y el Plan de Calidad nada tienen que ver con la formación.

Sin embargo, la mesa de contratación al evaluar estos criterios, desglosa los aspectos que valora y, a su juicio son diferentes a los que prevén el PCAP.

Al margen de lo anterior plantea la recurrente que en el momento de la apertura de las ofertas económicas tanto la UTE como la recurrente están incursa en presunción de anormalidad y se les requiere para que justifiquen las ofertas siendo aceptadas ambas por el órgano de contratación.

En relación con los criterios sociales a EULEN se le otorgan solo 4 puntos, de los 10 puntos posibles. Considera la recurrente por un lado que le correspondería 10 puntos lo que supondría obtener una puntuación total de 92,09 y por otro que la oferta de la UTE debe ser excluida por no quedar justificada la viabilidad de la misma. La concurrencia de ambas circunstancias la convertiría en adjudicataria pues la empresa clasificada en segundo lugar tiene una puntuación de 87,97.

Alega la recurrente que la UTE debería haber sido excluida por no justificar debidamente su oferta. Manifiesta que el personal adscrito al contrato le es de aplicación el VII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, que recoge la obligación de subrogación de los trabajadores y que en el listado del personal a subrogar hay tres trabajadores con una jornada a subrogar del 100%.

Considera que los costes totales del personal a subrogar por los dos años de duración del contrato ascienden a 117.559,89 euros. Sin embargo, en la justificación de la oferta de la UTE ha calculado los costes de personal según sus propias estimaciones horarias, pero no del total de la jornada a subrogar, según el listado publicado con el PCAP, de tal forma que los costes incluidas las subidas del convenio y el absentismo para la adjudicataria es de 54.916,19 euros, que es una cantidad muy inferior a los costes reales.

Añade que, si bien es cierto que cabe la posibilidad que el adjudicatario subrogue al personal y una vez detectadas las necesidades del servicio, reduzca sus horas y prescinda de los trabajadores, estos costes de indemnización por reducción de jornada o de indemnización por despido tienen que estar también reflejados en la justificación de la oferta.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación alega que tanto las ofertas de la recurrente como la adjudicataria se encontraban incurso en presunción de anormalidad y que a la vista del informe técnico se consideró justificada la viabilidad de ambas. Añade que los informes técnicos gozan de presunción de acierto y veracidad y que considera que la justificación aportada por la UTE es correcta dado que son las empresas las que desde la libertad en la gestión de sus intereses adoptan las decisiones que consideran adecuadas y necesarias a su objeto social y que la normativa en contratación pública dispone de mecanismos suficientes y necesarios para actuar ante situaciones de incumplimiento inadecuado y correcto de la prestación del servicio.

Por su parte el adjudicatario en relación a la justificación de la baja temeraria alega que ha justificado adecuadamente su oferta tal y como consta en el Informe Técnico, respetando en todo momento el Convenio Colectivo aplicable, en el que se tiene en cuenta la antigüedad, las previsibles subidas salariales y absentismo. En defensa de sus alegaciones presenta unos cálculos que evidencian los costes sociales que le supone la prestación del servicio coincidentes con la justificación aportada.

Asimismo, añade que el hecho de que el licitador tenga la obligación de subrogar a un determinado número de trabajadores no significa que ese mismo número deba ser empleado en la ejecución del contrato ni en el porcentaje de dedicación. Al respecto cita diversa doctrina.

Considera que EULEN infringe la doctrina de los actos propios pues en su recurso alega que los costes del personal a subrogar son de 117.569,89 euros, sin embargo en la justificación de su oferta, que también estaba incursa en baja temeraria, señala unos costes de 71.980,57 euros. Estas bajas económicas las justifican reduciendo las jornadas que incluyen en el listado de subrogación y contemplando nuevas contrataciones que implica el despido de dos personas lo que supone, por tanto, la correspondiente indemnización por despido, cuyos costes no se incluyen. Por lo que EUEN está denunciando, de forma injustificada, el incumplimiento por parte de la UTE de una serie de costes laborales que ella misma está incumpliendo.

A juicio de la UTE el recurso formulado adolece de mala fe y temeridad ya que se está impugnando una adjudicación sin base alguna que lo sustente y que el único fin aparente no es otro que el demorar el inicio de la ejecución del contrato al ser la actual prestataria del servicio.

Vistas las posiciones de las partes como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto”* 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.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, 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 parezcan anormalmente bajas 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 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anormalidad no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, 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 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 información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que “*en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –resolución reforzada*”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018, de fecha 26 de septiembre, Resolución 559/2014, de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que “*hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse*

de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.

En la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incursa en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

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, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser “*reforzada*”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, 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.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, 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 pudiendo, por tanto, de manera motivada, separarse de la propuesta.

A la vista de las alegaciones de las partes, el único reproche que realiza el recurrente sobre la justificación de la baja temeraria de la UTE es que el informe técnico ha incurrido en error puesto que en los costes de personal no ha tenido en cuenta los trabajadores a subrogar al 100%.

Sobre la subrogación de los trabajadores este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones, citando por todas la Resolución 189/2020, de 13 de agosto: *“Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que lo venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones. (...) no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan. Evidentemente, la Administración no debe asumir el coste de horas de trabajo no necesarias para la prestación del servicio que se contrata”.*

Abunda en esta idea el TACP (Resolución 184/2020) al manifestar que “La subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa independientemente de las necesidades concretas de la Administración en cada momento en contra del principio de eficiencia y los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1.1 de la LCSP”.

Por lo que se refiere a los costes de las posibles indemnizaciones por despido o reducción de jornada que cita el recurrente hay que destacar que los costes de indemnización por despido no se pueden tener en cuenta a la hora de calcular el precio, ya que despedir a los trabajadores es una opción del empresario que resulte adjudicatario, que podría no hacerlo y porque en todo caso el coste del despido no tiene relación con el servicio que constituye la prestación objeto del contrato, por lo que no es remuneración del contratista. En este sentido se ha pronunciado el TACRC entre otras, en su Resolución 156/2019 *“este Tribunal ha establecido que los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato a tenor del art. 87.1 TRLCSP (actual 102.1 LCSP), porque no están remunerando prestación alguna”*.

Por ello, en base a esta doctrina si las indemnizaciones no forman parte del precio del contrato, tampoco deben constar en la oferta del licitador, recordar en este sentido que el contrato se ejecuta a riesgo y ventura del adjudicatario.

En definitiva, no se aprecia error, ni arbitrariedad en el informe técnico sobre la justificación de la baja temeraria y se encuentra dentro del ámbito de la discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación.

En consecuencia, se desestima esta pretensión del recurrente.

Una vez determinado que no procede la exclusión de la UTE, carece de sentido pronunciarse sobre el resto de cuestiones alegadas por EULEN pues aunque se estimase su pretensión en relación con la puntuación de los criterios sociales obtendría un total de 92,09 puntos quedando por debajo de la actual adjudicataria que tiene 98 puntos, por lo que en cualquier caso no podría ser adjudicataria.

De acuerdo con lo anterior, se desestima 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, de 10 de mayo de 2022, por el que se adjudica el contrato de “Servicio de Teleasistencia Domiciliaria Municipal”, número de expediente 17427/21.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 de la LCSP.