

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

En Madrid, a 18 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Sacyr Facility, S.A.U. (en adelante SACYR) contra el Decreto de 6 de mayo de 2021 del Concejal-Presidente del distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato “Gestión integral de los servicios complementarios de limpieza de los equipamientos adscritos al Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid” número de expediente 300/2020/00529 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 16 de diciembre de 2020 en el DOUE y el 5 de enero de 2021 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. Posteriormente se rectificaron dichos anuncios los días 13 y 20 de enero en dicha Plataforma.

El valor estimado del contrato asciende a 9.610.191,16 euros y su plazo de duración será de 24 meses con posibilidad de prórroga por otros 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 14 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- El 5 de enero de 2021 se publicaron los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, que posteriormente fueron rectificadas publicándose en este mismo medio los días 13, 20 y 22 de enero de 2021.

El 8 de febrero de 2021 se celebró la mesa de contratación para la apertura de los criterios evaluables automáticamente y se comprueba que CLECE está incurso en valores anormales o desproporcionados, por ello se le requiere para que justifique su oferta.

El 24 de febrero se reúne la mesa de contratación y acuerda, a la vista del informe técnico elaborado por el servicio promotor, aceptara la justificación presentada por CLECE de su oferta.

El 18 de marzo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SAMYL en el que alega nulidad de los pliegos por el hecho de nueva noticia que constituyen la justificación económica aportada por CLECE. El 15 de abril de 2021 se emite la Resolución 157/2021 por la que se acuerda inadmitir el recurso por extemporáneo.

Mediante Decreto de 6 de mayo de 2021 del Concejal-Presidente del distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid se adjudica el contrato a CLECE.

Tercero.- El 24 de mayo de 2021, SACYR interpone ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de referencia.

El 3 de junio de 2021 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), en el que solicita 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. El 11 de junio CLECE presenta alegaciones.

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 que es licitador clasificado en segundo lugar "*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 6 de mayo de 2021, practicada la notificación ese mismo día, e interpuesto el recurso el 24 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación 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 el recurrente alega que la oferta de CLECE debió ser rechazada dado que el precio ofertado no llega a cubrir los costes establecido por Convenio y en concreto la cláusula 24 del ANEXO I del PCAP. En concreto pone de manifiesto aquellas cuestiones que el órgano de contratación no ha tenido en cuenta.

1 Coste de Plus Festivo. Alega que si analizamos el PPT recoge la realización de determinadas horas en domingo y festivos a las que habrá de aplicarse dicho plus festivo. Al respecto realiza una estimación del total de horas festivas que según su criterio ascienden a 1.969 horas con un coste de 5.109,30 euros sin seguridad social.

2 Coste de plus ad personan. Considera el recurrente que CLECE no ha incluido determinados pluses anuales y que ascienden a 50.520,52 euros/año.

En cuanto a los costes por absentismo CLECE presupuesta 57.445,52 euros que representan un exiguo 2%, minorizado con el pago delegado, mientras que en PPT se calculaba un absentismo del 15,35%.

3 Costes de antigüedad. Por este concepto CLECE establece un total de 177.768,93 euros, Sin embargo, el cálculo del coste de antigüedad del personal objeto de subrogación facilitado en fase de licitación los costes son muy superiores.

Por ello considera que se producen cuestiones objetivas que determinan que la oferta presentada por la entidad CLECE y su posterior justificación nunca debió ser aceptada y, por ende, debió de ser rechazada por el órgano de contratación y alega que la valoración de las ofertas se ha realizado con arbitrariedad por la Administración.

Además, manifiesta que de este modo, se constata la necesidad y el derecho con el que contamos los licitadores que concurrimos a cualquier expediente de contratación pública, de conocer de antemano los criterios de valoración que han de regir el procedimiento en cuestión, puesto que, de conocer que la valoración iba a efectuarse de esta manera, su representada hubiese realizado una propuesta acorde a esta consecuencia.

Por último, solicita retrotraer las actuaciones y que se acuerde la exclusión de CLECE, adjudicando a SACYR el contrato por ser la siguiente oferta mejor clasificada.

Por su parte el órgano de contratación en relación con el coste de plus festivo cita el Convenio Provincial de Limpieza de Madrid, en concreto el artículo 20 relativo a la jornada y el artículo 29 que regula el pago de haberes entre los que se incluyen la antigüedad, plus de convenio, de festivo y domingos y de nocturnidad.

Manifiesta que aunque en la tabla que recoge la justificación de la oferta de CLECE no se desglosan estos conceptos de coste de personal, considera que todos los costes debidos, tanto las horas obligadas en los pliegos (festivas y no festivas, diurnas y nocturnas, etc.) como para las horas de mejora están incluidos en los mismos y que la libertad de pactos que le ofrece el Convenio, en su artículo 20 le permite contratar al personal necesario para esos horarios ajustándose a los cálculos propuestos.

Entiende el órgano de contratación que la recurrente hace la presunción, no demostrada, de que la tabla no recogía los costes de personal en los días festivos y que al final de toda su valoración calcula un total por este concepto de 5.109,20 euros

anuales, pues el coste de seguridad social no se incluiría si lo hiciera personal de INTEGRA, Centro Especial de Empleo, con su propio convenio, no sujeto al de limpieza, utilizado para una gran parte del contrato como ya se recogía en la justificación presentada en su día por la empresa. Esos 10.218 euros (2 años), en caso de que supusieran un sobrecoste, que no ha sido finalmente demostrado por SACYR. de acuerdo a los argumentos aportados arriba, supone un 0,31% del coste total, y es inferior a los beneficios que se calculan.

Opone el órgano de contratación que los cálculos que realiza el recurrente no son correctos pues los cálculos del coste de personal que se recogen en las tablas de subrogación (las 2) y que cubren la realización de todas las horas exigidas en los pliegos, alcanza la cifra de 1.209.342,95 euros, inferior a la recogida en el informe para la justificación de la oferta anormal o desproporcionada que la propia empresa estableció por este concepto 1.325.984,58 euros

En cuanto a los costes de plus "*ad personam*" manifiesta que el recurrente vuelve a hacer la presunción de que los 50.520,52 euros anuales de complementos, o pluses anuales, valorado en la tabla no están comprendidos en la tabla anterior y recogido en la cifra de 1.325.984,58 euros que la empresa establece para los costes salariales recogidos en las horas exigidas por los pliegos.

Además, en este caso, manifiesta que ni siquiera estos costes pueden ser exigibles a la empresa adjudicataria, pues una vez subrogados los trabajadores que ostentan dichos pluses, en este caso ya son de la plantilla de CLECE, actual adjudicataria, y el contratista tiene el derecho a cambiarlos a otro proyecto en el que tuviera un mayor margen y sustituirlos por personal de nueva entrada en la empresa.

En cuanto a la valoración del absentismo de la oferta de CLECE, que SACYR considera exiguu, el órgano de contratación señala que el absentismo en este último año de pandemia por COVID-19, que es el dato que figura en la tabla de subrogación, ha podido ser atípico y que esa cifra no puede fundamentar la exclusión del licitador pues en las empresas influyen muchos parámetros (planes de reducción del

absentismo, riesgo y ventura asumido por el empresario, relación empresa-trabajador) pero es más SACYR no aporta cifra concreta de lo que sería a su juicio el presupuesto económico que sería necesario.

Por lo que respecta a la antigüedad, manifiesta el órgano de contratación que las supuestas diferencias alegadas, que no entra a valorar pues la empresa puede destinar su plantilla a otros proyectos que tuvieran un mayor margen y contratar para este proyecto, personal de nueva entrada, sin antigüedad, aumentando incluso el porcentaje de personas subcontratadas a un Centro de Empleo como INTEGRA.

Por tanto, concluye que no existen cuestiones objetivas que permitan excluir la oferta de CLECE, tras la justificación presentada por la misma, pues el recurrente no ha acreditado que la oferta del adjudicatario no incluya los conceptos que dice haber omitido, y por el contrario, ha quedado acreditado que el adjudicatario con su oferta puede ejecutar las prestaciones objeto del contrato cuyo precio una vez aplicada la baja ofertada es superior al del contrato vigente, Pero además considera que si las alegaciones realizadas por la recurrente a la oferta de CLECE , se aplicasen a SACYR su oferta también sería inejecutable en los términos alegados.

Por su parte el adjudicatario alega que su oferta contempla todos los costes establecidos por Convenio, así como en los pliegos que han regido la licitación. En relación con el plus festivo alega que dispone de una plantilla exclusiva de personal para la prestación de los trabajos que se realicen en domingos y festivos, acogándose a lo previsto en el artículo 21 del Convenio y que ha valorado todas las horas/año solicitadas en los pliegos, en consecuencia, sí ha incluido el coste de plus festivo.

Por lo que se refiere al coste de plus ad personam y de absentismo alega, al igual que el órgano de contratación, que estos datos se refieren al momento de mayor incidencia del COVID-19 tal y como se indica en el Anexo VIII del PCAP, periodo comprendido entre junio de 2019 y mayo de 2020.

En relación con el coste de antigüedad alega que la recurrente ha valorado erróneamente esos costes y manifiesta que su proyecto de gestión plantea posibles cambios en la plantilla.

En definitiva, considera que la oferta presentada por CLECE se ajusta a lo requerido en los pliegos.

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 anomalía 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 incurso 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.

En el presente caso consta el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta de CLECE en el que se indica que justifica la oferta en función de los siguientes conceptos, presentando los cálculos justificativos necesarios:

1. Menor coste de recursos humanos que se debe entre otras cuestiones a que el servicio esta subcontratado en parte con un CEE, cuyo personal tiene una serie de bonificaciones y subvenciones.
2. Coste ajustado de materiales y unidades higiénico sanitarias y hospitalarias.
3. Coste reducido de la maquinaria.
4. Ratio menor del sector en gastos generales y beneficio industrial

A la vista de las alegaciones efectuadas por las partes, de la documentación obrante en el expediente y de acuerdo con las argumentaciones dadas por el órgano de contratación no han quedado acreditados los errores puestos de manifiesto por el recurrente sobre la oferta de CLECE, por lo que este Tribunal no aprecia la arbitrariedad alegada por el recurrente, sino que la decisión del órgano de contratación está dentro del ámbito de discrecionalidad dada al mismo a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad.

En consecuencia, se desestima el recurso.

Por último, se precisa hacer referencia a la manifestación realizada por el recurrente sobre la necesidad de conocer de antemano los criterios de valoración que han de regir el procedimiento, pues esta afirmación sorprende a este Tribunal. Como bien sabe el recurrente los criterios de valoración se establecen en los pliegos que son la ley del contrato y se aplican a todos los licitadores por igual. No obstante, el licitador podía haber ejercido su derecho de información que establece el artículo 138 de la LCSP para solventar las dudas que le hubiesen surgido.

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 Sacyr Facilitie, S.A.U. contra el Decreto de 6 de mayo de 2021 del Concejal-Presidente del distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid por el que se adjudica el contrato “Gestión integral de los servicios complementarios de limpieza de los equipamientos adscritos al Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid” número de expediente 300/2020/00529.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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.