

Recurso nº 377/2022
Resolución nº 371/2022

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

En Madrid, a 22 de septiembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la UTE Eleroc Servicios, S.L.-Trebol Integración Social, S.L., contra el Acuerdo de 10 de agosto por el que se adjudica el contrato de “Servicios Auxiliares de Información, Recepción de Público y Control de Accesos de las Instalaciones adscrita al distrito de Vicálvaro (2022-2024)” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2021/00871, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 17 de mayo en la Plataforma de la Contratación del Sector Público y 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 3.266.974,49 euros y su plazo de duración será de 24 meses con posibilidad de prórroga de otros 24 meses.

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

Segundo.- En el desarrollo del procedimiento de licitación Eleroc Servicios, S.L., presentó recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 20 de junio de 2022, por el que se eleva al órgano de contratación propuesta de aceptación de la viabilidad de la oferta económica presentada por la UTE Sacyr Facilities, S.A.-Valoriza Centro Especial de Empleo, que fue inadmitido mediante la Resolución 295/2022, de 29 de julio, por no ser un acto susceptible de impugnación.

El 10 de agosto de 2022, la Junta de Gobierno local acuerda adjudicar el contrato a la UTE Sacyr Facilities, S.A.-Valoriza Centro Especial De Empleo, S.L (en adelante UTE SACYR-VALORIZA).

Tercero.- El 1 de septiembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la UTE Eleroc Servicios, S.L.-Trebol Integración Social, S.L., (en adelante UTE ELEROC-TREBOL) en el que solicita que se anule el acuerdo de adjudicación, excluyendo a la actual adjudicataria y se adjudique el contrato al licitador mejor clasificado.

El 7 de septiembre 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 (en adelante 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. Dentro del plazo establecido ha presentado 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 clasificada 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 10 de agosto de 2022, publicado el mismo día, e interpuesto el recurso el 1 de septiembre de 2022, 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.- Manifiesta la UTE ELEROC-TREBOL que la Mesa de contratación en su sesión celebrada el 20 de junio de 2022, hace referencia al informe de valoración de la justificación de la viabilidad de la oferta incurso en presunción de anormalidad. En dicho informe contra lo siguiente:

“Vista la documentación presentada el 15 de junio de 2022, por el representante de las empresas licitadoras con compromiso de constituirse en UTE, SACYR FACILITIES, S.A. y VALORIZA CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L, en orden a justificar la viabilidad de su oferta de 988.975,71 euros que fue formulada en términos que la hacen anormalmente baja por ser inferior en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas por los licitadores admitidos a la licitación, se informa lo siguiente:

Que como fundamento de la justificación, el interesado acredita que la empresa VALORIZA CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L, es un centro especial de empleo para la inclusión de personas con discapacidad con autorización y calificación para actuar en la Comunidad de Madrid con el número 339 CM, razón por la cual obtiene una bonificación del 100% de cuota empresarial de seguridad social de todos sus trabajadores con discapacidad, tanto de contingencias comunes como profesionales, y una subvención del 50% del Salario Mínimo Interprofesional anual por cada trabajador con discapacidad a jornada completa durante toda la duración del contrato y por 14 pagas, habiendo realizado su oferta a partir de la siguiente hipótesis:

- subrogación del personal asignado al servicio conforme al listado detallado por el prestatario actual.*
- sustitución de personal por bajas, jubilaciones y/o reubicaciones mediante personal con discapacidad proveniente de la empresa Valoriza Centro Especial de Empleo con arreglo a la siguiente premisa:*
 - incorporación de 5 personas con discapacidad durante 2022 sustituyendo a personal que presta servicio actualmente, el cual será reubicado en otros servicios.*

- incorporación de otras 5 personas con discapacidad añadidas a las del año 2022 (lo que totaliza 10 personas durante los años 2023 y 2024), sustituyendo a personal que presta servicio actualmente, el cual será reubicado en otros servicios.

- aplicación del Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, con las remuneraciones y complementos salariales del Grupo V (Auxiliar de servicios) proporcional a los meses trabajados en cada uno de los años objeto de la oferta.
- imputación al servicio objeto de esta oferta, del 90% de las subvenciones del salario mínimo interprofesional anual de los trabajadores con discapacidad provenientes de Valoriza CEE que se incorporen a este servicio.
- Beneficio Industrial del 3% y Gastos Generales del 5,8%, ambos sobre el total de costes.

A partir de estas hipótesis y premisas, el representante de ambas empresas comprometidas a constituirse en UTE, lleva a cabo el desglose pormenorizado de los cálculos concretos que le han llevado a formular su oferta, en los términos siguientes:

→ Jornada laboral media ponderada durante los dos años de duración del contrato de 1.805,83 horas anuales, de donde resultan necesarias 26,99 personas a jornada completa para la prestación del servicio.

→ Partiendo de un salario bruto de 1.000 euros mensuales en 14 pagas y aplicándole incrementos anuales sobre el año anterior del 5,6% en 2022, 3,9% en 2023 y 2% en 2024, los costes brutos de personal para los dos años de vigencia del contrato son de 800.510,80 euros (8,21 euros/hora de cada trabajador con jornada completa).

→ Subvenciones del 50% del salario mínimo interprofesional por jornada completa de 7.000 euros en 2022, 7.175 en 2023 y 7.538,23 en 2024, de los cuales se compromete a imputar el 90%. En este punto, el cuadro aportado por el interesado incurre en dos errores de cálculo al imputar 5.950 euros en 2022, en lugar de 6.300, y 6.098,75 en 2023, en lugar de 6.457,5, siendo correctos los 6.784,41 euros previstos para 2024. Este error, no obstante, no se arrastra al cálculo total realizado sobre el conjunto de los trabajadores con discapacidad previstos para los dos años de duración del contrato, resultando un compromiso de imputación al coste del servicio de este

contrato de 120.273,23 euros (hay una diferencia mínima de 31,17 euros). A partir de esta cifra, el coste/hora que se obtiene del personal asignado al servicio es de 6,98 euros (diurna) y de 7,122 euros (festivo), por lo que el coste de la bolsa de 1.300 horas de libre disposición es de 9.074 euros.

→ Coste de vacaciones del personal obtenido a partir del coste laboral anual bruto, aunque nuevamente se advierte un error al aplicar 116.159,28 euros en 2022, en lugar de 128.357,78, 362.068,46 en 2023, en lugar de 400.091,12, y 246.206,55 en 2024, en lugar de 272.061,90, lo que arroja una desviación total de 6.916,05 euros sobre su previsión.

→ El coste del absentismo presenta el mismo error, lo que arroja una diferencia de 2.282,27 euros.

Tras estos cálculos concretos, el interesado incorpora un cuadro final en el que se añaden los gastos de seguridad social del personal sin discapacidad, pluses de antigüedad, costes de uniformidad-control horario-reconocimientos médicos formación, del cual resulta el importe final ofertado de 988.975,71 euros. Entendido lo anterior, aunque existen algunas diferencias puntuales en los cálculos fruto de los errores advertidos, se estima que su importe no es relevante sobre el conjunto de la proposición económica presentada por el interesado, pudiendo entenderse asumibles dentro de los gastos generales y beneficio industrial de la empresa. De esta forma, dado que la existencia de una oferta anormalmente baja constituye una presunción iuris tantum de que ésta no puede ser cumplida y que su viabilidad ha sido justificada de forma detallada por el licitador, se informa favorablemente su aceptación”.

5.1.-Como cuestión previa alega el recurrente que el 11 de julio y el 9 de agosto presentó ante la mesa y el órgano de contratación, respectivamente, sendos escritos de puesta de manifiesto de irregularidades y defectos de valoración en dicha licitación a los efectos de su corrección de conformidad con el artículo 44.3. de la LCSP, sin embargo, dicho escritos no se respondieron.

Opone el órgano de contratación que resulta insólito que el recurrente afirme que no se ha dado respuesta a los dos escritos previos presentados, pues el primero

fue inadmitido por este Tribunal mediante la Resolución 295/2022 y el segundo escrito, dado que se presentó con posterioridad a la resolución anterior que se limitaba a reiterar los mismos argumentos, no procedía su tramitación.

Vistas las posiciones de las partes, llegados a este estado de tramitación, y con independencia de la calificación que se hubiera dado a uno de los escritos presentados y el otro no fuese contestado, lo decisivo es que el recurrente mediante la interposición del presente recurso puede defender sus pretensiones sin haberle producido indefensión alguna.

5.2- Considera el recurrente que la reubicación de hasta 10 trabajadores ordinarios subrogados infringe la cláusula 24 del Anexo I PCAP, pues la reubicación no aceptada por los trabajadores subrogados desembocará en una extinción contra la voluntad del trabajador y un flagrante incumplimiento de dicha cláusula de mantenimiento de la plantilla.

“24.- Condiciones especiales de ejecución. (Cláusulas 11 y 37).

Mantenimiento de la plantilla: Es condición especial de ejecución mantener durante todo el periodo de ejecución del contrato la plantilla de trabajadores y trabajadoras mínima adscritos a la ejecución del contrato y descrita en el Pliego de Prescripciones Técnicas, bien como consecuencia de la subrogación de trabajadores en cualquiera de sus modalidades, bien por la definición de las condiciones exigidas por el órgano gestor para la prestación del servicio, 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 de despidos disciplinarios”.

A su juicio, la oferta del adjudicatario incumple la cláusula 24, la reubicación propuesta está basada única y exclusivamente en el interés o beneficio económico de la UTE y no en las causas económicas técnicas u organizativas que el Estatuto de los Trabajadores reconoce para imponer al trabajador la modificación. Por tanto, los trabajadores no aceptarán su reubicación ejercitando ante la Jurisdicción Social demandas contra la UTE de resolución contractual y obteniendo por sentencia indemnizaciones por importe total y mínimo de 47.479,34 euros.

Asimismo, considera que el Convenio Estatal (y su jornada laboral) de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones grupo V (Auxiliares de Servicio) no se debe aplicar los 10 trabajadores a incorporar desde el CEE Valoriza Auxiliares pues aunque el pliego cita dicho Convenio el mismo sólo resulta de aplicación a los trabajadores ordinarios a subrogar pero en ningún caso a los 10 trabajadores que provienen del CEE VALORIZA, a éstos hay que aplicarles el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de atención a personas con discapacidad con una jornada máxima anual de 1720 horas máximo previstas para el 2022 y 2023, y no el Convenio estatal de empresas auxiliares y su jornada más amplia como la UTE adjudicataria afirma y plasma en su oferta, con lo que al tener una jornada menor implicaría la necesidad de contratar un trabajador más proveniente del CEE.

Por ello, considera que debe ser rechazada la oferta.

Por su parte el órgano de contratación expone que esta cláusula solamente impone al adjudicatario la obligación de mantener a los trabajadores subrogados, impidiéndole que pueda suspender o extinguir sus contratos de trabajo salvo por voluntad de la persona trabajadora o como resultado de despidos disciplinarios, pero sin exigirle que deba perpetuarlos en sus puestos específicos y concretos, pues se admite su traslado a otros centros de trabajo para prestar los servicios para los que fue contratado y su sustitución por otros empleados provenientes de dependencias o unidades ajenas a este contrato.

En definitiva, esta condición no pretende violentar la facultad que tiene todo adjudicatario de adscribir al personal subrogado a otro contrato diferente en virtud de su poder discrecional de dirección de su empresa, y tal es así, que la Cláusula 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares de este mismo contrato, denominada MEDIOS HUMANOS, contempla expresamente la posibilidad de sustituir al personal adscrito al servicio por razones de simple oportunidad valoradas por el adjudicatario, esto es, más allá de los supuestos habituales de enfermedad o ausencia por cualquier causa. Así lo faculta el punto 5.1 cuando afirma:

“En el supuesto de que la adjudicataria considere oportuna la sustitución de personal adscrito al servicio, deberá notificarlo al Distrito, con una antelación mínima de cinco días naturales. Las sustituciones que tengan su causa en la cobertura de bajas por enfermedad u otros motivos de carácter imprevisible, que no hayan podido ser comunicadas en el plazo anteriormente fijado, serán notificadas al Distrito tan pronto sea posible y, en última instancia, en el momento de la incorporación del sustituto. En dichas notificaciones se expresarán las circunstancias que obligan a la sustitución del trabajador inicial y los datos personales de la persona que se incorpora al servicio”.

Esta posibilidad de sustitución se confirma en las cláusulas 13.2 y 8.2.1. del PCAP.

En definitiva, la condición especial de ejecución no puede interpretarse en los términos propuestos por el recurrente, pues ni la redacción empleada así lo exige, ni la misma se concilia con el resto de determinaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato, con las cuales entra en abierto conflicto, ni se ajusta al estudio económico del contrato, que no se realizó a partir de los datos personales de los trabajadores subrogables cuya relación facilitó la empresa saliente, sino a partir de las determinaciones generales del convenio colectivo de general aplicación.

Por lo que se refiere al Convenio de aplicación a los diez trabajadores a incorporar de CEE Valoriza considera que se trata de un asunto de carácter estrictamente laboral sobre el que nada imponen los pliegos aprobados, siendo los tribunales de justicia los que deban resolver esta controversia sin que esto justifique el posible rechazo de la oferta o justificación presentada por el adjudicatario.

El recurrente postula que la utilización de un convenio y otro afecta a la viabilidad económica del contrato, pero no desde el punto de vista del precio/hora, sino desde el punto de vista del número de horas, considerando que será necesario la contratación de mayor personal. Discrepa el órgano de contratación sobre estas

argumentaciones porque la elección de uno u otro convenio carece de relevancia desde el punto de vista económico. Además se trataría de un trabajador más para realizar 95 horas en 2022 y 84 horas en 2023 y 2024, cifras de escasa relevancia a las que habría que deducir, además, los prorrateos correspondiente a los meses de vigencia del contrato en 2022 (4 meses) y 2024 (9 meses) y porque el precio del contrato ha sido calculado en función de los horarios de prestación del servicio previstos en el Anexo II del PPT, no en atención al número de trabajadores que puedan ser necesarios para acometerlo, de modo que, a efectos de viabilidad de la oferta, resulta indiferente los empleados que deban ser contratos.

Por su parte la adjudicataria alega que va a subrogar a la totalidad de la plantilla incluida en los pliegos y se consideran que todas *“las bajas de personal, jubilaciones y o recolocaciones del personal sin discapacidad”* serán sustituidas por personal con discapacidad de Valoriza con el objetivo de dar una oportunidad laborar al colectivo de personal con discapacidad, esto supondrá la incorporación de 10 personas con discapacidad. El que se tenga un plan de incorporación de personal con discapacidad cubriendo las bajas de personal, jubilaciones que puedan producirse en la plantilla afecta a la ejecución del contrato e, inclusive, un plan para efectuar recolocación del personal que no tiene discapacidad en otras empresas del Grupo Sacyr no vulnera la condición especial de ejecución de mantenimiento de la plantilla y ello porque el objetivo que persigue es que no se pueda reducir los medios humanos a la ejecución del contrato.

En cuanto al Convenio de aplicación señala que el personal a subrogar está adscrito al Convenio Estatal de Empresas de Servicios Auxiliares de Información, Recepción, Control de accesos y comprobación de las instalaciones y subrogarán al personal que está adscrito a este convenio y el nuevo personal a contratar será también asignado al mismo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020 alegada por el recurrente se refiere a un supuesto diferencia porque en ningún caso dicha sentencia impide que los centros especiales de empleo apliquen el convenio colectivo sectorial, si este es más favorable a los trabajadores que realicen

sus actividades en dichos sectores dónde exista un convenio específico, funcionando a modo de mínimos el convenio de centros de atención a personas con discapacidad.

Valoriza centro especial de empleo, ha aplicado y aplica, a todos sus trabajadores, en los distintos sectores de actividad donde desarrolla su negocio, aquel convenio colectivo que sea más beneficioso para ellos, ya sea el sectorial o el XV convenio de centros de atención a personal con discapacidad en detrimento del sectorial, si aquél fuera peor. Hecho que ha sido avalado no sólo por la Inspección de Trabajo.

Vistas las alegaciones de las partes este Tribunal recuerda que el contratista mediante su política de recursos humanos puede incorporar nuevo personal o adscribir a otros servicios el personal subrogado. Por ello, no se puede considerar un incumplimiento de la condición especial de ejecución el que el contratista traslade el personal que actualmente presta el servicio a otros servicios pues dicha condición exige el mantenimiento de la plantilla, que el adjudicatario asegura mantener, y la reubicación no tiene por qué implicar la suspensión o extinción del contrato de trabajo. En cualquier caso, nos encontramos ante una condición especial de ejecución no de adjudicación por lo que el órgano de contratación deberá velar porque el contrato se cumpla en los términos establecidos en los pliegos.

En relación con el Convenio Colectivo de aplicación como manifestábamos en nuestra Resolución 79/2020, de 5 de marzo *“Expuestas las posiciones de las partes debe recordarse que en distintas Resoluciones, baste citar la Resolución 107/2016 de 1 de junio, se ha mantenido por este Tribunal el criterio, según el cual “No corresponde al Tribunal pronunciarse sobre el convenio colectivo aplicable a una relación laboral, en concreto a la derivada de la ejecución del contrato. Por tanto, en una primera aproximación no puede pronunciarse sobre la petición contenida en el recurso de que se declare que no procede la aplicación de un convenio determinado o únicamente aplicable el II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Se trata de una competencia propia de la jurisdicción laboral”.*

Del mismo modo, en el caso planteado no le corresponde al Tribunal establecer si el convenio de aplicación es el de Intervención social o el de Reforma Juvenil y no puede pronunciarse sobre tal pretensión de la recurrente”.

En consecuencia, se desestiman las alegaciones del recurrente.

5.3- Considera el recurrente que el precio final ofertado 988.975,71 euros + IVA 207.684,90 euros, no es conforme a derecho, ni viable, por cuanto durante los dos años de contrato la UTE incumple el Anexo I PCAP mantenimiento de la plantilla subrogada e incorpora a 10 trabajadores con discapacidad, obteniendo un menor coste por importe de 173.712,26 euros (120.273,23 gracias al ingreso de subvenciones 50% SMI + 53.439,03 euros por bonificaciones 100% de cuotas seguridad social) y que ese importe supera con creces la diferencia de 146.858,29 euros a favor de la UTE propuesta para adjudicación con respecto a la oferta económica de la UTE ELEROC- TREBOL CEE, segunda menor y mejor oferta. Igual sucede con los gastos generales y el beneficio industrial.

Se desestima dicha alegación de acuerdo con lo manifestado anteriormente.

5.4.- Añade el recurrente que no se contemplan gastos de todas las partidas, como son las indemnizaciones por la extinción de los contratos de trabajo del personal que voluntariamente no se reubique, las cifras a percibir por las subvenciones pueden ser sensiblemente inferior a la calculada, insuficiencia de importes para la formación que estima en unos 2.000 euros. Cálculo de persona de vacaciones por importe de 6.916 euros y coste de absentismo por 2.282,27 euros.

A su juicio no cabe interpretar que estas desviaciones sean subsumibles en los gastos generales del 5,8 % y beneficio industrial del 3% de la empresa.

La adjudicataria aporta unos cálculos sobre el coste del contrato por lo que manifiesta que puede afrontar la ejecución del servicio con plena responsabilidad. Por lo que se refiere a las vacaciones del personal asignado al servicio (con y sin

discapacidad), la bolsa de horas y el absentismo de personal con y sin discapacidad, será prestado por personal con discapacidad de Valoriza Centro Especial de Empleo, el cual tiene una bonificación del 100% en cuota empresarial en seguridad social en todo tipo de contratos, por tratarse de un Centro Especial de Empleo.

A la vista de lo alegado se pone de manifiesto que el recurrente fundamenta algunos de sus argumentos en hipótesis tales como que el importe de las subvenciones puede ser inferior o que el personal a reubicar no lo acepte y por ello la adjudicataria tendrá que despedirlos y pagar indemnizaciones.

Por lo que se refiere a las indemnizaciones 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, no se pueden aceptar las alegaciones del recurrente.

Al margen de lo anterior recordar que 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 incurso 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 nºs 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.

Consta en el expediente el informe técnico dónde se realiza un análisis de la justificación presentada por la adjudicataria sobre la viabilidad de su oferta incurso en temeridad en el que se concluye *“De esta forma, dado que la existencia de una oferta anormalmente baja constituye una presunción iuris tantum de que ésta no puede ser cumplida y que su viabilidad ha sido justificada de forma detallada por el licitador, se informa favorablemente su aceptación”*.

No hay que olvidar que cuando se admite la justificación presentada por el licitador no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

En consecuencia, no se aprecia error o arbitrariedad en el informe técnico y se encuentra dentro de la discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación por lo que se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 la UTE Eleroc Servicios, S.L.-Trebol Integración Social, S.L. contra el Acuerdo de 10 de agosto por el que se adjudica el contrato de “Servicios Auxiliares de Información, Recepción de Público y Control de Accesos de las Instalaciones adscrita al distrito de Vicálvaro (2022-204)” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2021/00871.

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.