

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.D. en nombre y representación de la Asociación Arteaula, contra el Acuerdo del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social de fecha 30 de julio de 2019 por el que se adjudica el contrato de “Servicios de cursos y talleres a impartir en los centros de mayores de A.M.A.S.” número de expediente A/SER-004445/2019 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 23 de mayo de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.580.085,52 euros.

A la presente licitación se presentaron 3 licitadores.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el apartado 4 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que descomponen el precio de licitación de conformidad con lo establecido en el artículo 100.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

“4.- Presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara.

Costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación:

1.- Costes salariales: ·

Importe/hora calculado para la ejecución del contrato en la categoría Experto en cursos/talleres del I Convenio Colectivo del Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de la Comunidad de Madrid.....9,70 €/hora. ·

Las horas totales del contrato son 96.120. ·

Coordinadores/as del Programa..... 77.637,32 € ·

Pluses de los/as trabajadores/as que prestan servicio en la ejecución del contrato..... 8.341,10 € ·

Previsión de incremento salarial..... 3 %

2.- Otros costes de personal: ·

Seguridad Social..... 33%

3.- Gastos generales, beneficio industrial e IVA aplicado: ·

Gastos generales..... 10% ·

Beneficio industrial..... 6% ·

IVA aplicable al contrato..... 10%

Precio unitario (Precio/hora): 16,93 €, sin IVA

9.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

(...)De los criterios objetivos establecidos anteriormente, se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, los señalados con los números 1

(precio) y 2 (criterios evaluables de forma automática), siendo los límites para apreciar que se dan en aquella circunstancia, las ofertas cuya puntuación sea superior en un 10% a la media de las admitidas”.

A la vista de las puntuaciones obtenidas se considera que la propuesta por Arci Nature se encuentra en baja temeraria, por lo que se solicita se inicie el procedimiento descrito en el artículo 149 de la LCSP

Tras la justificación de la viabilidad económica de la oferta, se procede a adjudicar el contrato en fecha 30 de julio de 2019, siendo publicado el acuerdo en la Plataforma de contratación pública de la Comunidad de Madrid el 2 de agosto de 2019.

Tercero.- El 13 de agosto de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Asociación Arteaula en el que solicita la nulidad de la adjudicación por la insuficiente justificación de la viabilidad de la oferta presentada por Arci Nature.

El 20 de agosto de 2019 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 transpone 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).

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 (en adelante, RPERMT), 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. Presentando escrito de alegaciones el 4 de septiembre de 2019, donde viene a ratificar el informe emitido con ocasión del requerimiento que efectuó la mesa de contratación de conformidad con el artículo 149 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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 30 de julio de 2019, practicada la notificación el 2 de agosto de 2019, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 13 de agosto de 2019 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 este se ha interpuesto contra la admisión de la oferta de la adjudicataria.

Pretende el recurrente la nulidad de la adjudicación ante la inadecuada justificación de la viabilidad de la oferta que ha presentado Arci Nature y que ha admitido el órgano de contratación en base a varios motivos.

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 incurra 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, siendo la más reciente la nº 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 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.

El recurrente considera que los costes salariales contemplados no están bien calculados por faltar un incremento del 4% en materia de absentismo, el coste de las vacaciones anuales, el coste de las indemnizaciones por posibles despidos al personal que ha de subrogar, el coste de los coordinadores de los centros, el coste de los desplazamientos de este personal en vehículo particular, así como los costes por Seguridad Social y Accidentes de Trabajo.

El órgano de contratación disiente de los argumentos del recurrente con los siguientes argumentos: “*Se estimó que la oferta de ARCI NATURE INTERVENCIÓN*

SOCIAL, S.L.U. era viable en base a los siguientes puntos:

- 1. La empresa realiza correctamente el cálculo del importe/hora para la categoría Experto en cursos/talleres, que es la exigida en el pliego de prescripciones técnicas, **conforme al I Convenio Colectivo del Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de la Comunidad de Madrid.***
- 2. El número de horas del contrato que estima la empresa son las que figuran en los pliegos que rigen el contrato.*
- 3. Valora suficientemente el coste de dos Coordinadores del Programa, puesto que no se exigía en el pliego de prescripciones técnicas particulares la disponibilidad a jornada completa.*
- 4. Establece correctamente los pluses de los/as trabajadores/as que prestan el servicio en la ejecución del contrato.*
- 5. Valora una previsión de incremento salarial.*
- 6. Además de los costes salariales en la justificación se incluyen los costes de Seguridad Social, los gastos generales y el beneficio industrial*

En consecuencia, se estimó que cumplía con todos los puntos establecidos en el apartado 4 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares en el que se detallan los costes para la determinación del presupuesto base de licitación del contrato, confirmándose la viabilidad de la oferta.

De la misma forma ARCI NATURE INTERVENCIÓN SOCIAL, S.L.U. incluyó en la oferta una valoración de los compromisos adquiridos con los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas.

Por tanto, se estima que la justificación presentada por la empresa se ajusta tanto a las exigencias establecidas en los pliegos que rigen el contrato como a los compromisos adquiridos por la empresa en los criterios cualitativos”.

Comprueba este Tribunal que el adjudicatario en su informe justifica conforme a la descomposición de precios recogida en el PCAP su oferta, presupuestando todos los conceptos que aparecen recogidos en los pliegos de condiciones.

Se ha de advertir que esta oferta es considerada temeraria por la especial definición que de este concepto se efectúa en el PCAP, pues en el caso de aplicar el artículo 85 del R.D. 1098/20001 por el que se aprueba el Reglamento a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esta oferta no sería considerada desproporcionada, por lo que la justificación de sus términos no precisa de una mayor minuciosidad.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta se encuentra motivado correctamente se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe desestimarse 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 don J.D.D. en nombre y representación de la Asociación Arteaula, contra el Acuerdo del Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social de fecha 30 de julio de 2019 por el que se adjudica el contrato de “Servicios de cursos y talleres a impartir en los centros de mayores de A.M.A.S.” número de expediente A/SER-004445/2019

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.