

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

En Madrid, a 2 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Sacyr Social, S.L., contra su exclusión del contrato 9/2020. “Gestión de los pisos tutelados ‘Baltasar Santos’ (Madrid) para la atención a personas mayores”. Órgano de Contratación Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de enero de 2020, se publicó en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid, el anuncio con relación a la licitación del contrato administrativo para la “Gestión de los pisos tutelados ‘Baltasar Santos’ (Madrid) para la atención a personas mayores”, con un valor estimado de 908.715,75 euros. Se presentan seis ofertas.

Segundo.- Con fecha 24 de febrero, Sacyr Social, S.L., (en adelante Sacyr) recibe requerimiento del órgano de contratación para justificar la oferta presentada por considerar que ésta no puede ser cumplida al incurrir en valores anormales o

desproporcionados. Todo ello, en cumplimiento de lo recogido en Pliego de Condiciones Administrativas sobre la consideración/no de una oferta anormal o desproporcionada: *“La apreciación de ofertas anormalmente bajas se producirá en todas aquellas ofertas que obtengan una puntuación superior a 25 puntos en los criterios de calidad evaluables de forma automática, cuando la oferta económica sea inferior en más de 10 unidades porcentuales a la media de los porcentajes de baja de las ofertas admitidas”*, Con fecha 6 de marzo Sacyr presenta justificación de baja temeraria en la que fundamenta la viabilidad de la oferta presentada. En fecha 26 de mayo de 2020, el órgano de contratación comunica el acuerdo de exclusión, basado en el informe elaborado por la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, por el que se comunica que la viabilidad de la oferta no queda debidamente justificada y que, en consecuencia, debe ser excluida del procedimiento de licitación.

Tercero.- En lo que aquí interesa el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en su cláusula 1.4 contiene el siguiente desglose de gastos anuales:

TOTAL COSTES DIRECTOS (PERSONAL) 89.882,15 euros.

TOTAL COSTES INDIRECTOS 81.573,65 euros.

TOTAL COSTES DIRECTOS + INDIRECTOS 171.455,80 euros.

BENEFICIO EMPRESARIAL (6% DEL COSTE TOTAL) 10.287,35 euros.

TOTAL CON BENEFICIO EMPRESARIAL 181.743,15 euros.

I.V.A 10% 18.174,32 euros.

COSTE TOTAL ANUAL 199.917,47 euros.

Cuarto.- El procedimiento de licitación ha estado suspendido como consecuencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En fecha 23 de abril se acuerda la continuación de la tramitación del procedimiento al amparo del número 4 de la disposición adicional tercera de este Reglamento.

Quinto.- En fecha 16 de junio se presenta el recurso especial en materia de contratación solicitando la anulación de la exclusión por haber sido justificada la viabilidad de la empresa y en consecuencia su calificación y clasificación. Simultáneamente se insta la suspensión del procedimiento, que se acuerda por este Tribunal en fecha 25 de junio.

Sexto.- El expediente e informe del órgano de contratación se reciben el 24 de junio conforme al 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 (en adelante LCSP). A tenor de lo dispuesto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no se ha estimado preciso dar plazo de alegaciones al eventual adjudicatario de este procedimiento.

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 la empresa que hizo la mejor oferta económica que representando 49 puntos sobre 100 eventualmente podría resultar adjudicataria, aunque no conste la calificación en el resto de criterios, y por ello *“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 notificado el 26 de mayo de 2020, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 16 de junio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acto de exclusión que a su vez inadmitía la oferta de la recurrente 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 nos encontramos ante la identificación de una oferta como temeraria y su consiguiente procedimiento contradictorio que pretende lograr la justificación de la viabilidad de la propuesta antes de su exclusión.

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.

Para lograr este objetivo el artículo 149 de la LCSP establece en su apartado 4 párrafo segundo que identificada una oferta como anormal se requerirá al licitador para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de precios. El párrafo tercero del mismo apartado establece concretamente los valores sobre los que el órgano de contratación podrá solicitar aclaraciones y que son:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el caso presente, una vez identificada la proposición como incurso en presunción de temeridad se insta la correspondiente justificación del licitador.

Como se recoge en antecedentes el contrato desglosa su presupuesto en dos elementos fundamentales: costes directos de personal por importe de 89.882,15 euros y costes indirectos por importe de 81.573,65 euros.

El recurrente realiza una detallada justificación de los costes directos, pero no es menester una especial detención argumental en los mismos, pues el órgano de contratación acepta como viable la baja por este concepto. Solo decir que los estima en 70.103,16 euros.

En cuanto a los costes indirectos los desglosa en las siguientes partidas:

Gastos generales del inmueble.

Gastos de actividades.

Gastos de mejoras ofertadas por un importe anual de 11.610,40 euros.

El total de los costes indirectos estimados es de 64.449,07 euros.

Al objeto de su comparación con los costes presupuestados procede detraer de esta cantidad total el apartado de mejoras, que al ser voluntarias, obviamente aunque las repercute en los costes no forman parte de la cantidad presupuestada. Existe una diferencia de 28.734,98 euros sobre el presupuesto para costes indirectos, del 35,22 %.

La justificación para este menor coste es genérica y remite a la experiencia de SACYR:

“Gastos generales del inmueble: SACYR SOCIAL pertenece al GRUPO SACYR y debido al gran volumen de servicios que presta actualmente, cuenta con acuerdos de compras muy ventajosos. Se beneficia de descuentos en las compras de material

(fungible, limpieza, lencería...), electrodomésticos,.... Por lo tanto, dispone de precios competitivos, beneficiándose de los acuerdos comerciales con fabricantes y distribuidores del GRUPO SACYR a nivel nacional. Lo mismo sucede con los acuerdos con empresas subcontratistas especializadas, celebrando concursos periódicos en los que el volumen de compra favorece la obtención de acuerdos muy ventajosos que podemos repercutir en nuestras ofertas económicas”.

“Gastos de actividades: Para la prestación de las actividades derivadas de las prestaciones de los servicios de asistencia social, teleasistencia y apoyo personal a las personas usuarias del servicio, ajustamos nuestra oferta económica en base a los costes reales del año 2019, al ser los actuales gestores del servicio”.

“Gastos de mejoras ofertadas: Para la prestación de las mejoras ofertadas contamos con un presupuesto anual de 11.610,40 €, importe suficiente para la totalidad de las mejoras ofertadas (...).”.

El informe técnico, base de la propuesta de la Mesa y la Resolución del órgano de contratación, argumenta que cuenta mayor es la baja mayor debe ser el pormenor en la explicación de la misma, citando doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación al respecto. Señala que es un 20% inferior al presupuesto de licitación e inferior en más de un 10% a la media de las bajas de los licitadores.

Continúa señalando que asume la baja en los costes directos.

En cuanto a los indirectos motiva detalladamente que SACYR no hace más que afirmaciones genéricas, pero no detalla cómo lograría el ahorro en cada una de las partidas:

“Por lo que respecta a los costes indirectos del contrato la empresa los divide en únicamente tres apartados: gastos generales del inmueble, gastos de actividades y costes de las mejoras.

No realiza justificación alguna acerca de cómo obtiene los importes de ninguno de los apartados y la única explicación que se aporta es que la empresa es la actual adjudicataria del contrato que tiene interés en el contrato, que puede cubrir los costes

y tener un beneficio industrial. La empresa afirma que los costes indirectos del contrato son 64.449,07 € anuales, pero sólo 46.331,34 € son de gastos del inmueble y 6.507,32 € gastos de actividades. Los otros 11.610,40 € que se mencionan son de mejoras, esto es, un coste derivado del compromiso de la empresa para llevar a cabo actuaciones relacionadas con los otros criterios de adjudicación no económicos. Como éstos últimos son de carácter voluntario no forman parte del presupuesto de licitación y no deben tenerse en cuenta a la hora de realizar la comparativa de gastos. Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo que establecen los pliegos, los costes indirectos del contrato ascienden a 81.573,65 €, una cifra significativamente superior. Así pues y dejando aparte los gastos de mejora anteriormente mencionados, debemos considerar como costes indirectos reales según lo justificado por la empresa los siguientes: los 46.331,34 € de gastos del inmueble y 5.480,65 € que afirma son gastos generales que podríamos incluirlos en los costes indirectos aunque en nuestro presupuesto de licitación no están denominados de esa manera. En total serían 51.811,99 € sumando ambas cantidades para las cuales no hay justificación salvo la afirmación de que al ser la actual adjudicataria del servicio y ser parte de un gran grupo empresarial puede ejecutar el contrato con este coste. Tal argumento sin nada más que lo respalde no es suficiente para justificar la oferta de la empresa. No obstante, si incluimos el coste que la empresa incluye aquí como derivado del coste de actividades obligadas por el Pliego Técnico que la empresa cifra en 6.507,32 €, y lo sumamos a la cantidad anterior obtenemos un total de 58.319,31 €, aún muy lejos de la que fijan los pliegos y sin que tampoco exista una adecuada justificación.

Si 58.319,31 € es la cifra que deberíamos asumir como la de coste indirecto real de la empresa en la prestación del servicio que incluye aquellos conceptos homologables con los costes contemplados en la memoria económica del contrato y que se reflejan en los pliegos debemos comprobar si realmente es posible la ejecución del contrato con este importe.

Según los datos de que dispone este centro gestor sólo los impuestos que la adjudicataria está obligada a satisfacer con carácter anual: IBI, tasa de residuos y vados, éstos ascienden a 20.974,57 € según los recibos reales de 2019. Por su parte el coste de los principales suministros: agua, gas y electricidad el pliego los estima en

29.571,43 € que se consideran conformes para los niveles de consumo anual del inmueble. Por último, el coste del servicio de teleasistencia en el presupuesto de licitación está estimado en 16.800 €, que es un precio de mercado. Si sumamos estos tres únicos conceptos el importe total obtenido es de 67.346 € y superan a los 58.319,31 € que declara la empresa sin que podamos acudir para justificarlos a otra explicación que la ofrecida con anterioridad: que la empresa es la adjudicataria del servicio.

Pero es que, además de estos tres conceptos de coste, la empresa está obligada a realizar otros gastos de los que nada se justifica como la renovación de menaje y electrodomésticos, la limpieza de las zonas comunes y, sobretodo, el mantenimiento del edificio donde el nuevo contrato eleva de forma muy notable las exigencias, definiéndolas además con mucho más detalle que en el pliego anterior, incorporando un nuevo texto con las labores de mantenimiento requeridas que comprenden una extensa relación de tareas de mantenimiento preventivo, correctivo y técnico legal, así como un plan básico de actuaciones.

Por ello hay que entender que el contrato actual no es exactamente el mismo que el contrato al que sustituye ya que establece nuevas obligaciones al adjudicatario con repercusión económica como la anteriormente citada respecto del mantenimiento del inmueble y sus instalaciones o el incremento de la jornada del trabajador social, y eso independientemente de las mejoras que el licitador aporte en su oferta, por lo que no se puede aceptar como única justificación de la oferta el argumento de ser el actual adjudicatario y de tener interés en la licitación, ya que interés en la licitación lo tiene también cualquiera de los otros licitadores, ya que han presentado ofertas.

La pertenencia a un gran grupo empresarial y la posibilidad de ajustar los costes a esa cifra aprovechando las economías de escala del mismo sin ofrecer más datos al respecto ni aportar las condiciones reales ofrecidas por los proveedores no constituye una justificación válida, más aún, cuando la comparativa de los gastos de la empresa 58.319,31 € frente al presupuesto de licitación: 81.573,65 € significa una reducción de un 30 %”.

En la contestación al recurso el órgano de contratación redundante en esta argumentación, además de señalar que la insuficiencia argumental en vía administrativa cuando se le pidió justificación no puede suplirla con nuevos argumentos en el recurso.

A juicio de este Tribunal SACYR no ha argumentado en el momento procedimental oportuno la viabilidad de su oferta, en el modo y con el grado de precisión requerido por el artículo 149 de la LCSP. Efectivamente, se ha remitido a unas generalidades, que se han consignado textualmente.

Por el contrario, el órgano de contratación ha dado cumplida respuesta a la motivación “*reforzada*” requerida por la doctrina, descendiendo al detalle del que carece completamente el escrito de SACYR. Explica con claridad cómo no cubre solo los costes de impuestos, suministros y teleasistencia. Motivación reforzada que habida cuenta la escasez argumental del recurrente sería casi innecesaria.

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”.

Doctrina compartida por este Tribunal contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que no se han efectuado correctamente en este concreto caso, 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.

Procede la desestimación del recurso, habida cuenta la discrecionalidad del órgano de contratación en la valoración de los argumentos sobre la baja desproporcionada, la exhaustividad de su motivación y la práctica falta de explicación por el licitador en los términos legalmente previstos, que incluso atenúa la necesidad de *“reformar”* la motivación por el órgano de contratación. La motivación debe ser proporcional a las explicaciones del licitador.

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 de Sacyr Social, S.L., contra su exclusión del contrato 9/2020. “Gestión de los pisos tutelados ‘Baltasar Santos’ (Madrid) para la atención a personas mayores”. Órgano de Contratación Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad.

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.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 25 de junio.

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.