

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

En Madrid, a 3 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Música y Vida Art Marzoal, S.L. (en adelante MARZOAL) contra la resolución de 14 de julio de 2020, por el que adjudica el contrato y se acuerda su exclusión de la licitación por baja desproporcionada, del contrato de “Prestación de los servicios de homenaje póstumo a los usuarios de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, S.A” (en adelante SFM) este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE con fecha 11 de noviembre de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 478.071,77 euros, con un plazo de duración de 12 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron tres empresas:

MÚSICA Y VIDA ART MARZOAL, S.L.

MUSIC CEREMONIAL NESSUM DORMA, S.L.U.

HERMITAGE MUSICAL SIGLO XXI

Con fecha 13 de febrero de 2020 se reunió la Mesa de contratación comprobando, una vez abiertas las ofertas, que la presentada por la recurrente es presuntamente desproporcionada o anormal.

En consecuencia, la Mesa de contratación decide conceder a la recurrente el plazo de 3 días a fin de presentar justificación de su oferta. Con fecha 19 de febrero de 2020, presenta informe de justificación solicitada.

Como consecuencia de la declaración de Estado de Alarma se procede a la suspensión del procedimiento de licitación, que se levanta con fecha 1 de junio de 2020.

Con fecha 3 de julio de 2020, los Servicios Técnicos de la SFM emiten el correspondiente Informe Técnico respecto de la presunta baja anormal de la oferta de la recurrente. En el citado Informe Técnico, después de un análisis de la oferta presentada, se concluye lo siguiente:

“Realizado el análisis de la justificación de la oferta desproporcionada o anormal, se concluye que la oferta no incluye los recursos humanos suficientes que establece el pliego, ya que no incluye la prestación del servicio en las salas multiconfesionales de los Tanatorios M30 y Sur, posibilidad que refleja el pliego técnico en el punto 2.2, no siendo por tanto los recursos humanos ofertados suficientes para prestar el servicio en todas las instalaciones de SFM que establece el pliego, concluyendo que no queda justificada la baja desproporcionada en la que ha incurrido la empresa ART MARZOAL, SL.”

Con fecha 8 de julio de 2020, se reúne la Mesa de Contratación que, a la vista del Informe Técnico elaborado por los Servicios Técnicos de la SFM, decide considerar la oferta formulada por MARZOAL. como desproporcionada, motivo por el que se acuerda excluir a la misma de la licitación.

Mediante resolución de 14 de julio de 2020, el Gerente de SFM acuerda la adjudicación del contrato a favor de la empresa Hermitage Musical Siglo XXI, S.L.

Tercero.- El 3 de agosto de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MARZOAL contra la resolución por la que se le excluye de la licitación al no haber justificado la viabilidad de su oferta incurso en presunción de temeridad.

Cuarto.- El 10 de agosto 2020, 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).

Quinto.- Con fecha 11 de agosto de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso y su ampliación al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que fueran presentadas en el plazo concedido

Sexto.- 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 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.

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 excluida de la licitación, *“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 acto impugnado fue adoptado el 14 de julio de 2020, publicándose el mismo día, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 3 de agosto 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 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 en primer lugar la falta de motivación de su exclusión, tanto en el acuerdo de la Mesa de no admitir la justificación de la baja, como en el acuerdo del Órgano de contratación que ahora se recurre. En el presente caso, a su juicio, ni la Mesa de contratación cuando no admite la justificación, ni en la resolución definitiva se hace la más mínima motivación al respecto, limitándose la resolución a exponer que la Mesa no admitió dicha justificación.

Por su parte, el Órgano de contratación señala que el acuerdo de la Mesa de contratación de inadmisión de la oferta del recurrente se basa en las razones contenidas en el Informe Técnico, que la Mesa asume como suyo.

A este respecto, este Tribunal constata la existencia de un informe con fecha 3 de julio de 2020, en el que se justifica de forma exhaustiva la no acreditación de la viabilidad de la oferta del recurrente, si bien, cuestión distinta es su legítima discrepancia respecto a su contenido.

Tal como señala el Órgano de contratación, el propio recurrente en el texto del recurso está admitiendo la existencia del informe justificativo de la inviabilidad de la oferta. Así, en la página 3, inicio, del mismo: *“Conforme al informe remitido por los responsables técnicos que a continuación se transcribe (...) La Mesa decide adoptar el acuerdo de no admisión de la justificación de la baja anormal o desproporcionada basándose en los criterios definidos en el informe técnico”*.

Igualmente, en la página 5 del recurso, segundo párrafo, se indica *“(…) Recurso contra el propio informe técnico de SFM, que es el único documento del expediente que incluye una justificación, que evidentemente no compartimos, sobre la presunta baja desproporcionada”*.

De hecho, a lo largo del recurso, como se analizará más adelante, argumenta de manera exhaustiva su desacuerdo con la justificación dada por el Órgano de

contratación, por lo que resulta evidente la existencia de argumentos que justifican, a juicio del Órgano de contratación, la inadmisión de su oferta, por lo que en ningún caso se produce una pretendida indefensión del recurrente.

Por ello, el motivo debe ser destinado.

El segundo motivo se refiere a la discrepancia con la justificación de su exclusión al incurrir su oferta en baja temeraria.

El informe del Órgano de contratación desglosa la justificación aportada por el recurrente en dos aspectos: técnico y económico.

Desde el punto de vista técnico, la recurrente alude al hecho de haber sido adjudicataria de este tipo de contrato, o de alguno parecido, con anterioridad. Manifiestan que tienen una experiencia de más de 15 años en el sector funerario, disponiendo de los elementos materiales necesarios para la realización de las ceremonias (carpas, atriles, sillas, etc.), los cuales indica se encuentran amortizados en su totalidad, por lo que no sería necesario realizar un desembolso adicional. De otra parte, indica que los instrumentos a utilizar en la prestación del servicio son propiedad de los músicos, por lo que no supone coste alguno para la empresa. Por ello, concluye que el único coste que tiene que asumir son los costes de personal y el coste del pen drive a entregar a las familias.

A este respecto, el informe técnico sostiene que en la presente licitación se incluyen nuevos servicios no contemplados en los pliegos anteriores, como el esparcimiento de cenizas. Esto conlleva una forma de trabajo diferente a la que se venía haciendo, dado que los lugares donde se presta el servicio, e incluso el contenido de los mismos, es diferente.

Desde el punto de vista económico, el recurso formulado aporta una justificación económica basada en la cuantificación de los costes, que son los siguientes:

Costes de personal: referido al coste salarial de personal que prestará los servicios en los diferentes emplazamientos, que son:

- Ocho músicos a tiempo parcial con jornada del 50%, cuatro en el crematorio Sur y cuatro en el crematorio de La Almudena, de lunes a viernes para cubrir la totalidad del día en ambas instalaciones con presencia continuada de dos músicos. Realizarían también las actuaciones relacionadas con el esparcimiento de cenizas en los respectivos cementerios, sin que se explique bien cómo pueden hacer dos cosas simultáneamente, en el supuesto de coincidencia de servicios.

- Ocho músicos a tiempo parcial, con jornada del 50% para cubrir sábados y domingos en los crematorios Sur y Almudena. Realizarían también las actuaciones relacionadas con el esparcimiento de cenizas en los respectivos cementerios.

- Dos comerciales/entrevistadores con contrato a tiempo parcial con jornada de 14 horas semanales para realizar las entrevistas a las familias que soliciten el servicio, uno en el Tanatorio Sur y otro en M-30.

Coste de materiales: Se incluye el coste de los “pen drive”, que incluye el coste de la elaboración y la serigrafía.

Gastos Generales: Se añade un 10% en concepto de gastos generales.

El importe total de costes calculado por el recurrente asciende a 144.176,29.- euros, mientras que la oferta presentada asciende a 170.394,72.- euros (IVA excluido), lo que dejaría un beneficio teórico de 26.218,43.- euros.

Asimismo, hace una estimación de una bajada de servicios del 10%, en cuyo caso con los mismos costes, seguiría manteniendo un beneficio teórico de 10.352,17 euros anuales.

A juicio del Órgano de contratación, este cálculo no se sostiene. Tal y como se deduce del Pliego Técnico, así como en el Pliego de Cláusulas Administrativas, el coste mínimo para la prestación de los servicios que son obligatorios se ha calculado bajo las siguientes hipótesis:

a) Prestación de servicios de homenaje póstumo en crematorios del Cementerio Sur y del Cementerio de Nuestra Sra. de la Almudena, así como Tanatorios Sur y M-30. Se estima que por cercanía y volumen el Crematorio y Tanatorio Sur pueden compartir un equipo de músicos. Indica que el recurso sostiene que se podría unir el Tanatorio de la M-30 y el Cementerio de Nuestra Sra. de la Almudena, pues en línea recta la distancia son pocos kilómetros. Pues bien, para ir de uno a otro lugar debe cruzarse la M-30, vía de tráfico variable y en el que el promedio de duración del viaje no son 8 minutos, sino media hora. Por tanto, ni es posible ni razonable, tener a músicos de un lado a otro, con las familias esperando para comenzar las ceremonias.

b) El servicio se presta los 365 días del año en todas las instalaciones establecidas en el pliego, en horario de 9 a 21 horas. Este es el horario en el que las familias pueden contratar el servicio objeto del contrato en cuestión. Con relación a esto último en el recurso incluye, a su juicio, un horario falso, pues se refiere al horario administrativo, para gestiones administrativas de modificación de titularidad de unidades de enterramiento, etc. Pero el horario en el que las familias pueden celebrar las ceremonias es de 9 de la mañana a 9 de la noche. Con este horario, cae por tierra todos los cálculos de la oferta del recurrente, pues se parte de la base de que las ceremonias se hagan en el horario por ellos indicado. Esto constituiría una depreciación del servicio ofrecido por esta empresa municipal. Si bien puede ser interesante para una empresa, a nivel económico, limitar el horario de prestación del

servicio a aquellas franjas horarias más demandas, el concepto de servicio público de una empresa municipal como es la SFM, exige que el horario ofrecido sea el indicado, de 9 de la mañana a 9 de la noche. En la práctica como se indicaba, esto supone la presentación de una variante a la prestación objeto del contrato, no admitida en esta licitación en virtud de lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (apartado 20, Anexo 1).

Considera la posibilidad de que la recurrente tuviese intención de que sus dos comerciales organicen la celebración de ceremonias por ellos contratadas, en horarios en uno y otro establecimiento compatibles, con el fin de que sus músicos pudieran desplazarse de uno a otro lugar, para lo que bastase indicarle a la familia que va a contratar la ceremonia que solo lo puede contratar en un determinado horario. Esto supone un detrimento del servicio ofertado, que no se puede consentir por una empresa pública, que deben velar por el interés general.

c) La consecuencia con lo anterior, considerando el número mínimo de trabajadores por servicio de homenaje póstumo, por centro de trabajo para cumplir las especificaciones del pliego es el siguiente:

Con dedicación exclusiva; 6 trabajadores (3 grupos de 2 personas, por turno de 4 horas, para cubrir las 12 horas de servicios, tal y como se establece en el Pliego Técnico).

Con contratos para cubrir fines de semana y posibles contingencias: 0,5.

Finaliza señalando que estos datos se deducen del Pliego de Prescripciones Técnicas, sobre la base de cubrir adecuadamente los servicios obligados. El valor estimado del contrato, incluyendo su pormenorizado desglose, se ha establecido de acuerdo con lo indicado en el artículo 101 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Vistas las alegaciones de las partes, hay que manifestar 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 y el Órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar 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 parezca anormalmente baja 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 que 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”*.

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 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.

Vistas las alegaciones de las partes y de acuerdo con la doctrina expuesta, procede dilucidar si el informe justificativo de la baja temeraria cumple los requisitos de racionalidad y motivación reforzada exigido por la doctrina y la jurisprudencia.

Respecto al informe justificativo de la baja temeraria hay que manifestar que se basa en unos argumentos concretos, que analizan cada una de las alegaciones presentadas por el licitador, realizando un estudio económico del coste mínimo del servicio a prestar en los términos recogidos en los Pliegos, considerando un coste mínimo de 62,48 euros por servicio, por debajo del cual no es posible prestar los servicios de tanatorios y crematorios de la SFM, siendo el precio ofertado de 58,8 euros por servicio. Por todo ello, debe considerarse que el Órgano de contratación ha realizado un informe razonado y motivado de manera reforzada, apreciando la inviabilidad de la oferta del recurrente, por lo que procede la desestimación del presente motivo.

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 de la empresa de Musica y Vida Art Marzoal, S.L. contra el acuerdo de 14 de julio de 2020, por el que adjudica el contrato y la exclusión de la licitación por baja desproporcionada del contrato de la “Prestación de los servicios de homenaje póstumo a los usuarios de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, S.A”.

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 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.