

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

En Madrid, a 11 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.B.C., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A. y don J.H.R., en nombre y representación de Sanivida, S.L., licitadoras en compromiso de UTE, (en adelante UTE Ferrovial), contra la Orden 659/2018, de 9 de mayo de la Consejería de Políticas Sociales y Familia por la que se adjudica el lote 3 del contrato “Servicio de Teleasistencia en la Comunidad de Madrid. 3 Lotes”, número de expediente.097/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 28 y 30 de septiembre de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE y el BOCM y en el BOE el 5 de octubre de 2017, la convocatoria para la licitación del contrato de referencia. El valor estimado asciende a 34.612.070 euros. El contrato se divide en tres lotes, pudiendo los licitadores presentar proposición, como máximo, a dos de los tres lotes.

Segundo.- Al procedimiento de licitación del lote 3, Zona Periférica, concurren 3 entidades, incluidas las recurrentes.

Tras la tramitación oportuna, la Mesa de contratación, en su reunión de 16 de enero de 2018, acuerda requerir a Cruz Roja española la justificación de la viabilidad de su oferta al lote 3 puesto que se encontraba en el supuesto de baja desproporcionada, en aplicación lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Tras la presentación de la documentación requerida y la emisión del preceptivo informe, la Mesa en su reunión de 27 de marzo de 2018, acuerda proponer la adjudicación a favor de Cruz Roja Española ya que tras el Informe técnico emitido, la oferta se considera suficientemente justificada por los motivos que se expondrán posteriormente. La UTE Ferrovial aparece calificada en segundo lugar.

El día 18 de Abril, de 2018, los representantes de la UTE Ferrovial tienen acceso a la parte del expediente no declarada confidencial, que había solicitado previamente.

Tercero.- Por Orden de 9 de mayo de 2018, de la Consejería de Políticas Sociales y Familia se adjudica el lote 3 del contrato de acuerdo con la propuesta de la mesa.

La Orden se notificó a las empresas interesadas ese mismo día.

Cuarto.- Con fecha 31 de mayo de 2018, se presentó ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación, en el que las recurrentes señalan en primer lugar que la documentación facilitada por el órgano de contratación no ha sido suficiente puesto que no han tenido acceso a la alegación cuarta del escrito de justificación, que es el desglose económico de la oferta, como ya se hizo constar mediante escrito presentado el 25 de mayo en el que se reiteraba la petición de acceso a esa parte de la documentación.

Además el recurso argumenta que la oferta de Cruz Roja Española no ha acreditado su viabilidad económica puesto que no ha tenido en cuenta los gastos que

supone la subrogación obligatoria de 48 trabajadores ya que ha incluido en su justificación solo a 28 de ellos.

En consecuencia, solicita se le conceda acceso al expediente completo con objeto de completar su recurso y subsidiariamente la anulación de la Orden de adjudicación por no haberse justificado la viabilidad de la oferta de la adjudicataria.

Quinto.- Mediante Acuerdo del Tribunal de 20 de junio de 2018, se dio acceso a las recurrentes del documento completo de justificación de la oferta presentado por Cruz Roja Española (documento 009 del expediente) y del documento anexo nº 1 al mismo y se le concedió un plazo de cinco días hábiles común para su examen y en su caso, a completar el recurso.

El día 7 de julio de 2018, tiene entrada en el Tribunal el escrito de ampliación del recurso en el que la UTE Ferroviaria se ratifica en sus alegaciones considerando que Cruz Roja española no ha justificado su oferta por lo que solicita la anulación de la adjudicación.

Del escrito de ampliación del recurso se dio traslado al órgano de contratación que en su informe se ratifica en las argumentaciones realizadas anteriormente y solicita la desestimación del recurso.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, (LCSP), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado escrito Cruz Roja Española en el que expone su disconformidad con la Resolución de acceso al expediente y alega que su oferta ha sido debidamente justificada ya que al ser prestadora del servicio no tiene que computar ningún coste de subrogación. Alude además a las especiales condiciones de prestación del servicio con que cuenta Cruz Roja, el detallado conocimiento de las prestaciones y su implantación territorial. Por todo ello solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.41 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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la Orden de adjudicación, fue dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de ambas empresas para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de personas jurídicas licitadoras en compromiso de UTE *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*, puesto que su oferta ha quedado clasificada en segundo lugar por lo que la estimación del recurso podría colocarlas en situación de ser adjudicatarias del contrato.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de valor superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso la Orden impugnada fue dictada el 9 de mayo de 2018, notificada ese mismo día e interpuesto el recurso el 31 de mayo, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a analizar la adecuación a derecho de la apreciación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria incurso en presunción de temeridad.

El TRLCSP en su artículo 152.3, 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 establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible 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 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.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones establecidas en los pliegos, porque si así no fuera el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación, han de ser los propios pliegos que rigen la licitación.

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 justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones”.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación *“considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior”* 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. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, 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.

A todo ello cabe añadir que la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde 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.

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 excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

La primera cuestión planteada por la recurrente se refiere a que “la viabilidad económica de la oferta presentada por Cruz Roja no ha sido suficientemente justificada por ésta, puesto que los costes de personal contemplados por Cruz Roja no se ajustan al coste real del listado de trabajadores a subrogar incluido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), y todo ello en base a los siguientes motivos. Tal y como ya se puso de manifiesto en el recurso especial interpuesto por esta representación, el coste de personal adscrito al lote 3 ofertado por Cruz Roja asciende a la cantidad de 464.562 €/año. Ahora bien, a la vista del Informe de justificación, puede observarse que dicho coste no tiene en cuenta el coste real de los 42 trabajadores que prestan actualmente el servicio”.

Además añade que “A la vista de los anteriores extractos del Informe de justificación de Cruz Roja, puede apreciarse que el coste de personal de 464.562 euros corresponde a 28 trabajadores, entre los que no se incluyen los operadores (coste que según alega Cruz Roja es adscrito a la Oficina Central y no es tenido en cuenta al ser costes asumidos por la Oficina) ni tampoco se incluyen dos supervisores de nivel 1, un coordinador y un responsable. Por lo tanto, la oferta de Cruz Roja está incumpliendo el apartado 5. “Recursos Humanos” del Pliego de Prescripciones

Técnicas (en adelante, PPT), ya que no justifica la no inclusión de los referidos trabajadores”.

El órgano de contratación en su informe alega que “la recurrente parece confundir la información, facilitada en cumplimiento del artículo 120 del TRLCSP, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores que están prestando el servicio en la actualidad, con la plantilla de personal que será necesaria para ejecutar el contrato actualmente en licitación. Sin embargo, ambas plantillas no tienen por qué coincidir. Téngase en cuenta que la información facilitada en cumplimiento del artículo 120 del TRLCSP, se refiere a unos medios personales que se han dimensionado por la actual adjudicataria para ejecutar un contrato distinto. Se trata, por tanto de una decisión empresarial ajustada a un contrato, como decimos, distinto al objeto de este recurso, que es el contrato que está actualmente en licitación.

En el contrato objeto de este recurso, el Pliego de Prescripciones Técnicas no determina, exactamente, una plantilla necesaria para ejecutarlo. Establece una serie de perfiles profesionales y la intensidad de presencia mínima y actuaciones a realizar de conformidad con el número de terminales a atender. Por tanto, la forma de organización que la empresa adopte para cumplir el contrato deberá contemplar, necesariamente, las exigencias del pliego, sin que estas tengan una traducción literal en fórmulas de contratación de las que, en cualquier caso, pudieran derivarse más menos trabajadores en plantilla. Así, los licitadores, a la vista de las prestaciones objeto del mismo, son los que deben determinar los medios personales necesarios para su ejecución, y consecuentemente elaborar su oferta.”

Cruz Roja por su parte afirma que “no precisa computar ningún coste de subrogación de personal porque es la actual prestadora del servicio y, por tanto, si lo mantiene no tiene que asumir costes adicionales sino continuar en su prestación con el mismo personal; por idéntico motivo no tiene que ‘desvincular’ a nadie porque precisaría de sus servicios profesionales. Quienes tienen que contemplar dichos costes son las entidades aspirantes a prestar el servicio y que no lo prestan en la actualidad, como las recurrentes”.

Este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que la obligación de subrogación del personal deriva del convenio colectivo de aplicación y es una obligación independiente del Pliego del contrato que se licita. Por tanto los recursos humanos necesarios para la ejecución del contrato son los que exige el PPT y no tienen por qué coincidir necesariamente con el número de trabajadores que son objeto de subrogación, puesto que las prestaciones del contrato pueden haber variado de una licitación a otra y eso determina el personal necesario.

Ahora bien el Tribunal no comparte la afirmación del órgano de contratación sobre la no determinación del PPT en cuanto a la plantilla necesaria. El apartado 5 del PPT establece lo siguiente:

“RECURSOS HUMANOS

Para la prestación del servicio, la empresa o entidad debe contar, al menos, con los siguientes perfiles:

Director(a) (...)

Responsable del Centro de Atención (...)

Coordinador(a) (...)

Operador/a o Teleoperador/a (...)

La presencia mínima de operadores/as en el centro de atención, según el número de terminales en uso en la totalidad de la zona de intervención adjudicada a la entidad prestadora del servicio, se detalla en la tabla 1.

Tabla 1 – Número de horas de trabajo efectivo de los/las operadores/as respecto al número de terminales en uso.

	Número de terminales en uso			
	Hasta 1.000	1.001-5.000	5.001-7.500	7.501-en adelante
Total horas/año de trabajo efectivo de operadores/as	8.760	Incremento de 1.750 horas por cada tramo de 500 terminales adicionales.	Incremento de 1.750 horas por cada tramo de 575 terminales adicionales.	Incremento de 1.750 horas por cada tramo de 650 terminales adicionales.
NOTA – A partir de los dos mil terminales se debe hacer un incremento de 1.750 horas de trabajo efectivo de los operadores/as o equivalente a la incorporación de una persona a jornada completa.				

*Supervisor/a de Teleasistencia (...)
Oficial de Unidad Móvil (...)*

Teniendo en cuenta lo anterior, el propio órgano de contratación en su informe realiza el cálculo de la plantilla mínima necesaria de la siguiente manera: *“realizando un ejercicio teórico de necesidades de personal en relación con la gestión inicial de los terminales aplicados al lote resultarían unas necesidades de plantilla mínima con presencia constante que se reflejan en el siguiente cuadro:*

“Estimación Plantilla Mínima Conforme a Determinaciones Prescripciones Técnicas: 33 personas”

Categoría Profesional	Nº
DIRECTOR	1
RESPONSABLE DEL CENTRO DE ATENCIÓN	1
COORDINADOR (1/500)	9
TELEOPERADOR. Presencia mínima/Terminales	12
SUPERVISOR	1
OFICIAL DE UNIDAD MÓVIL. Ratio Nº de Unidades Móviles /Terminales 1/500	9
Total	33

Previsión Pliego Terminales Dependencia Lote 3	4582
--	-------------

En el escrito de justificación de la viabilidad de su oferta, Cruz Roja Española incluye a 28 trabajadores de los cuales tienen jornada completa 1 auxiliar administrativo y 1 técnico de teleasistencia. El resto del personal tiene una dedicación al contrato que va del 90% al 20 % de la jornada. El *“responsable”* y el *“supervisor”*, incluidos en el listado, tienen una dedicación del 50%.

El documento añade que de la lista presentada, *“1. El personal adscrito al Centro de atención ubicado en la Oficina Central de la institución (los operadores) no se tiene en cuenta porque sus costes son asumidos por esta con su propio*

presupuesto y solo se repercute una cuantía económica que se especifica en el punto 4.2 (cuenta contable 654.)

2. A los efectos de cuantificar el coste real, solo se tiene en cuenta el porcentaje de dedicación horaria a este programa y no el monto total de su importe (...)

Comprueba el Tribunal que el documento de justificación aportado no contiene los costes ni del Responsable del Centro de Atención ni de los Coordinadores (9) sin que se pueda entender que el coste lo asume la Oficina Central puesto que se refiere expresamente a los operadores (teleoperadores en la denominación del PPT).

En cuanto a los trabajadores incluidos en el listado, además de ser un número inferior al mínimo de plantilla establecido por el órgano de contratación, faltarían cinco personas en general, la dedicación tampoco es la exigida pues esas 32 personas tienen que tener una “*presencia constante*” y como hemos visto la dedicación al contrato de las 28 incluidas es inferior al 100% y en muchos casos es muy reducida. Por todo ello debe concluirse que no se ha contemplado en el cálculo de costes todo el personal necesario exigido en el PPT lo que implica que no se ha justificado debidamente la viabilidad de la oferta de acuerdo con las exigencias del Pliego.

De todo ello se deduce que en el supuesto que nos ocupa, se debe concluir que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del TRLCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados; que la empresa adjudicataria, en el trámite de audiencia concedido presenta la justificación de su oferta pero que el informe técnico emitido no se encuentra debidamente motivado y por tanto no habiéndose justificado de la viabilidad de la misma respecto de los gastos de personal previstos, procede la exclusión de la oferta de Cruz Roja Española y estimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don F.B.C., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A. y don J.H.R., en nombre y representación de Sanivida, S.L., licitadoras en compromiso de UTE, contra la Orden 659/2018, de 9 de mayo de la Consejería de Políticas Sociales y Familia por la que se adjudica el lote 3 del contrato “Servicio de Teleasistencia en la Comunidad de Madrid. 3 Lotes”, número de expediente.097/2017, anulando la adjudicación recaída y retrotrayendo el procedimiento para realizar la adjudicación a la oferta que cumpliendo los requisitos del Pliego resulte económicamente más favorable.

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.- 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 59.1 de la LCSP.