

Recurso nº 243/2018
Resolución nº 267/2018

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 13 de septiembre de 2018, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña Encarnación Valle Ruiz, en nombre y representación de Factudata XXI, S.L. (Factudata), contra la Orden número 991/2018, de 3 de julio de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, por la que se adjudica el contrato "Servicio de grabación de datos, escaneo de documentación y manipulación y ensobrado de comunicaciones y notificaciones de requerimientos y resoluciones en materia de gestión y tramitación del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia", número de expediente: 088/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8, 10 y 13 de marzo de 2018, se publicó respectivamente en el BOCM, en el BOE el Portal de contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, el anuncio de la convocatoria de licitación, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato mencionado, siendo el valor estimado de 999.760 euros.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: **0889348957781634982689**

Segundo.- Al procedimiento de licitación concurrieron 14 empresas, incluida la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, la Mesa de contratación, en su reunión de 3 de mayo de 2018, acuerda requerir a las empresas Betan, S.A., APMIB Madrid, S.L.U. y Factudata, la justificación de la viabilidad de sus ofertas puesto que se encontraban en el supuesto de baja desproporcionada, en aplicación lo de 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 19 de junio de 2018, acuerda que las tres empresas han justificado su oferta por lo que son admitidas y se aprueba la clasificación de acuerdo con las puntuaciones obtenidas, resultando en primer lugar Betan S.A., en segundo APMIB Madrid, S.L.U. y en tercero Factudata. Posteriormente en reunión de 27 de junio de 2018, se propone la adjudicación a favor de la empresa Betan S.A., adjudicación que se produce mediante Orden de 3 de julio de 2018, de la Consejería de Políticas Sociales y Familia.

La Orden se notificó a las empresas ese mismo día.

Tercero.- El 22 de julio de 2018, la representación de Factudata presenta ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la Orden de adjudicación del contrato.

El recurso argumenta que tras el examen del expediente administrativo considera en primer lugar que la justificación de viabilidad presentada por la empresa APMIB Madrid, no contempla debidamente los costes materiales del contrato tal y como indicó el informe técnico emitido, si bien finalmente la Mesa se apartó del criterio allí expresado: alega la recurrente que en consecuencia, ni el informe ni el acuerdo de la Mesa se encuentran debidamente motivados.



En segundo lugar, respecto a la adjudicataria, Betan, alega que de la documentación presentada se deduce que no ha clasificado debidamente a los trabajadores incluidos en su oferta, de acuerdo con el convenio de aplicación, puesto que deberían ser encuadrados en el Grupo B y no en el E. En relación con los recursos materiales también expone que imputa coste cero a algunos elementos.

Sostiene que en este caso tampoco el informe entra a valorar estas cuestiones.

Por todo ello, solicita la anulación de la Orden de adjudicación y que se excluyan a ambas empresas por no haber justificado la viabilidad de sus ofertas.

Cuarto.- Del recurso se dio traslado al órgano de contratación que solicita la desestimación por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Quinto.- 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. Han presentado escritos Betan y APIMB Madrid, en los que exponen, en síntesis, que los informes y decisiones de la Mesa están debidamente argumentados y que la documentación aportada justifica correctamente la viabilidad de sus ofertas por lo que el recurso debe desestimarse.

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.

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, 9 de marzo de 2018.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Factudata para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“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 ha quedado clasificada en tercer lugar y la exclusión solicitada de la primera y la segunda clasificadas, la colocaría en situación de ser adjudicataria del contrato.

Ahora bien, la legitimación para solicitar la exclusión de APIMB Madrid, está condicionada a la estimación del recurso respecto a Betan, adjudicataria del contrato pues solo en ese caso podría dirigir su recurso frente a la empresa clasificada en segundo lugar.

Asimismo se acredita la representación de la firmante 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 3 de julio de 2018, notificado ese mismo día e interpuesto el recurso el 22 de julio, 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, en primer lugar, de la oferta de la adjudicataria y en segundo lugar de APIMB Madrid.



El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (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.

Respecto a la justificación de la viabilidad de la oferta, la recurrente expone que el personal incluido en la misma está encuadrado en la categoría de auxiliar administrativo, si bien los perfiles exigidos en el Pliego corresponden al grupo B del Convenio de colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y opinión pública.

El informe señala que existe una discrepancia entre la entidad adjudicataria y la recurrente en cuanto a la asignación de categorías profesionales del personal afecto a la actividad objeto del contrato. Sobre esta materia ya tuvo oportunidad de pronunciarse el TACP, en su resolución 42/2017. En esta resolución en la que, como en este recurso, se discutía sobre el encuadre del personal afecto al contrato dentro de las categorías del convenio colectivo estableció: *“Sobre esta cuestión se puede observar que las actividades son tan amplias y comprenden tal número y variedad de funciones que este Tribunal no puede decantarse porque éstas sean llevadas a cabo por una u otra categoría profesional, máxime cuando, las categorías profesionales en cuestión, -las que aplica la empresa adjudicataria y las que aplica la empresa recurrente- se encuentran dentro del mismo grupo profesional, Grupo V “Producción, Administración y Servicios Generales” del reiterado Convenio Colectivo. Conviene*



advertir que no corresponde a este Tribunal sino a la autoridad laboral determinar qué Convenio y categorías laborales son adecuados a la prestación de los servicios contratados y en su caso velar porque las condiciones de trabajo aplicables no sean distintas a las que legalmente resulten de aplicación. Si la oferta formulada por INTEGRA contiene todos los costes precisos para la ejecución del contrato, resultando que el precio ofertado es suficiente para cubrir los mencionados costes según las categorías consideradas sobre las que no podemos pronunciarnos, y ante la ausencia de elementos que evidencien que no podrá ser cumplida, debe afirmarse que el precio es suficiente para atender todos cuantos costes se derivan de su ejecución (...)." Añade el informe que *"Este órgano de contratación, al igual que el TACP, considera que no es competente para determinar las categorías laborales adecuadas para prestar el servicio y que, será la autoridad laboral la que deba determinar y velar por que las condiciones de trabajo aplicables no sean distintas a las que legalmente resulten de aplicación. Por tanto, este órgano de contratación que actuó correctamente comprobando que los salarios que contempla Betan, S.A. en su justificación son conformes al convenio colectivo aplicable en función de las categorías profesionales propuestas por la citada entidad, dando cumplimiento así a lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP"*.

Efectivamente, no corresponde al órgano de contratación ni al Tribunal decidir la adecuada clasificación de los trabajadores propuestos en el marco del convenio colectivo de aplicación, cuestión que correspondería en su caso a la jurisdicción social. Por el contrario, debe comprobarse que se respetan las titulaciones y capacidades exigidas por el Pliego.

En este caso el personal propuesto, 1 coordinador, 1 titulado medio y 11 grabadores tiene la titulación exigida en cada caso y los costes correspondientes cuentan con las bonificaciones correspondientes por tratarse de un Centro Especial de Empleo pero todo ellos se han clasificado en la categoría de auxiliar administrativo por lo que los salarios contemplados se corresponden a esa categoría, aunque las titulaciones de dos trabajadores sean de titulado medio.



Considera el Tribunal que si bien esa discrepancia, no de categorías sino de costes salariales pudiera tener cierta trascendencia en el precio de la oferta, la recurrente no argumenta nada sobre los costes, simplemente aduce que el informe no está debidamente motivado sin evidenciar que esa diferencia económica es de suficiente entidad para deducir que pone en riesgo la viabilidad de la oferta. La carga de la prueba corresponde al recurrente.

En cuanto a los costes de personal, el órgano de contratación ha comprobado que están correctamente calculados de acuerdo con el convenio y que se han cumplido las exigencias de titulaciones y funciones del Pliego. El informe sobre justificación de la viabilidad señala expresamente que *“De acuerdo con las definiciones incluidas en el convenio, pertenecen al Grupo E personas que ejecutan tareas técnicas y administrativas de baja complejidad sujetas a instrucciones de trabajo, por formación, conocimiento y experiencia profesional, definiéndose como nivel 2 personas que realizan tareas administrativas, operativas o de gestión sencillas, por lo que se considera que este personal realiza tareas con un grado de autonomía y responsabilidad adecuado al puesto”*.

Todo ello lleva a considerar que el informe está debidamente motivado en este apartado, en su aceptación de la viabilidad de la empresa.

En cuanto a los costes materiales, la empresa los ha cifrado en 6.000 euros, estableciendo un coste mensual para los escáneres exigidos en el Pliego. La empresa en trámite de alegaciones expone que basa el coste estimado en su experiencia y el stock que tiene en sus oficinas. El informe técnico emitido consideró correcta esa cantidad sin que la recurrente argumente debidamente en el recurso la inadecuación de la misma.

De todo lo anterior se deduce que en el supuesto que nos ocupa, se debe concluir que respecto a la empresa Betan, 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; que el informe técnico emitido se encuentra debidamente motivado y por tanto habiéndose justificado de la viabilidad de la misma resulta razonable su admisión y procede desestimar el recurso presentado.

La desestimación del recurso respecto a la empresa adjudicataria determina la falta de legitimación de la recurrente respecto de la segunda clasificada, puesto que la eventual estimación del recurso no podría depararle beneficio alguno ya que no podría ser adjudicataria del contrato.

En consecuencia, procede la inadmisión del recurso contra APMIB Madrid.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por doña Encarnación Valle Ruiz, en nombre y representación de Factudata XXI, S.L., contra la Orden número 991/2018, de 3 de julio de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, por la que se adjudica el contrato “Servicio de grabación de datos, escaneo de documentación y manipulación y ensobrado de comunicaciones y notificaciones de requerimientos y resoluciones en materia de gestión y tramitación del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia”, respecto de la adjudicataria del contrato, e inadmitirlo respecto de la segunda clasificada.

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 acordada el 25 de julio de 2018.

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 59.1 de la LCSP.

LA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: **0889348957781634982689**