

Recurso nº 415/2019
Resolución nº 315/2019

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 17 de julio de 2019, 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 Don Daniel Carabaño Manzano, en representación de la mercantil Servicios Deportivos Integrales Grupo Animás, S.L., contra la Orden de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes de 11 de junio de 2019, por la que se rechaza su proposición del procedimiento de licitación del contrato “Servicios para la realización de cursos y campus deportivos de la Dirección General de Juventud y Deporte, en la temporada 2019/2020” de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, expediente A/SER .011797/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se publicó el 2 de enero de 2019, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid con un valor estimado de 912.418,98 euros.

Segundo.- La Mesa de contratación en fecha 21 de mayo de 2019, constata que de acuerdo con el apartado 9º de la cláusula 1º del PCAP, la proposición económica formulada por la empresa SERVICIOS DEPORTIVOS INTEGRALES GRUPO



ANIMÁS, S.L. se encuentra incurso en valores anormales o desproporcionados, por lo que se acuerda solicitar a la citada empresa, en trámite de audiencia, la justificación de su oferta en los términos previstos en el artículo 149 apartado 4º de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Su porcentaje de baja sobre los precios unitarios del apartado 4º de la cláusula 1ª del Pliego es del 26%.

Tercero.- Solicitada justificación de la empresa, en un extenso informe técnico de 7 folios con numerosas tablas se viene a concluir que *“5.-Tal y como se recoge en el cuadro del apartado 1 de este informe, en las previsiones salariales remitidas por la empresa queda manifiesto que la retribución salarial de los profesionales de los grupos 3.2 y 4.1 quedaría situada por debajo del salario mínimo interprofesional lo que de por sí sería suficiente causa de rechazo de la justificación presenta por la empresa Animas, S.L.*

En base a lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 149. 4 y 6 de la LCSP, por tratarse de una justificación incompleta, por no respetar la cualificación profesional legalmente exigida, ni el salario mínimo interprofesional y por no incluir determinados costes del contrato que ascienden a 22.812,44 euros (6.668,04 diferencias tabla salarial +7.254€ de la tabla de subrogación de personal +8.870,40€ gastos de coordinación), se concluye la INVIABILIDAD de la oferta presentada por la empresa SERVICIOS DEPORTIVOS INTEGRALES GRUPO ANIMÁS, S.L en referencia al CONTRATO DE SERVICIOS PARA LA REALIZACIÓN DE CURSOS Y CAMPUS DEPORTIVOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DEPORTES EN LA TEMPORADA 2019/2020 (EXP. A/SER-011797/2018), y se propone su rechazo”.

Mediante Orden de 11 de junio de 2019, se rechaza la proposición de la empresa, dándole pie de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto.- Con fecha 3 de julio de 2019, se presentó recurso especial en materia de contratación contra la Orden de exclusión.



Quinto.- En aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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) se ha dado traslado del recurso al órgano de contratación que contesta en fecha 11 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica participante en la licitación y *“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). Empresa que de estimarse su recurso y admitirse su oferta resultaría adjudicataria.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la exclusión fue notificada en 12 de junio y el recurso se interpone el 3 de julio dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1. c) de la LCSP.

Cuarto.- El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 44. 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta del licitador.



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, 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 resulta inviable”*.

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 la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia



del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”*.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que *“en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que*



salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación – resolución reforzada”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras).

En esa misma Resolución, el TACRC señala que “hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.



La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

El recurrente expone sus motivos, resumidamente:

- **SALARIOS.** Que está **conforme** con el **apartado 1** del informe técnico en el que el órgano de contratación justifica la inviabilidad de la oferta, en lo relativo a la diferencia económica derivada de no haber tenido en cuenta el salario mínimo interprofesional para 2019, esto es, está conforme con la diferencia salarial no prevista en su oferta ni justificada en su documentación, que asciende a **6.668,04 euros**.
- **PERSONAL A SUBROGAR.** Que está **conforme** con el **apartado 2** del informe técnico en el que el órgano de contratación justifica la inviabilidad de la oferta, y sus conclusiones, que suponen una diferencia de **7.254 euros** no prevista en su oferta y no justificada en su documentación.
- **COORDINADORES.** Que manifiesta su **disconformidad** con el **apartado 3** del citado informe técnico, por cuanto que señala que no le fue solicitada la acreditación de que 4 (de los 6) coordinadores que cita en su informe, forman parte del personal empleado por la empresa con contrato fijo y que no supone para ella gasto alguno. Considera asimismo que no solo no han de tenerse en cuenta como coste, sino que no es a su juicio correcto el cálculo sobre la base de 960 horas por mes de trabajo de 6 trabajadores por establecer el convenio 1.752 horas anuales. Considera que el cálculo no ha de hacerse en función de salario por hora sino de salario mensual y que solamente ha de aplicarse a 4 de los 6 coordinadores, pues el coste de los otros 2 ya se ha tenido en cuenta en la justificación de la oferta. Por tanto **considera que el coste estimado asciende a 4.660,16 euros y no a 8.870,40 euros**, lo que supone una diferencia de 4.210,24 euros.



- GRUPO PROFESIONAL 4. Que manifiesta su **disconformidad** con el *apartado 4* del informe técnico, remitiéndose al documento de justificación de su oferta en cuanto a la necesidad de monitores unidisciplinarios. Señala que, en cualquier caso, considera que dado que el requerimiento únicamente señalaba que la empresa se hallaba incurso en valores anormales o desproporcionados, no cabe que posteriormente se tenga en cuenta un criterio distinto para la exclusión de la oferta, ya que se trata, como se dice en el propio informe técnico, de criterios técnicos o jurídicos, y no económicos, que no hay diferencias salariales entre los grupos 3 (Nivel II) y 4 (Nivel I).

Finalmente señala que no se han concretado los términos de la justificación, conforme al artículo 149.4 de la LCSP.

Respecto de estos argumentos señala el informe del órgano de contratación:

1º.- Que estando conforme el licitador excluido con los apartados 1º y 2º ellos solos suponen ya 13.922,04 euros no tenidos en cuenta en la oferta presentada, haciéndola ya inviable de suyo.

2º.- En cuanto al apartado 3º sobre los coordinadores que carece de sentido afirmar que no supongan gasto por formar parte de la plantilla, pues siempre supondrán un gasto de oportunidad, dedicándose a esta u otra tarea, contradiciéndose a continuación cuando sí les atribuye un coste, aunque menor. No se entiende, por otra parte, el cálculo de que el coste debe aplicarse a cuatro coordinadores y no a seis y que su coste sea de 4.660,16 euros y no de 8.870,40 euros, cosa que tampoco alegó cuando se le requirió en su momento.

3º.- Sobre el apartado 4º el PPT explica claramente cuál es el Grupo profesional requerido.



Finalmente alega que no se han especificado los términos de la justificación. El artículo 149.4 de la LCSP señala que:

“La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores: (...).”

Es artículo no obliga a la Administración a concretar en su petición de justificación aquellas condiciones que la harían viable, sino en términos potestativos, porque de otro modo limitaría las posibilidades de justificación de los mismos. Simplemente señala , elementos sobre los que puede girar la justificación. El órgano de contratación carece de los elementos de juicio necesarios para fundamentar su solicitud en esos términos, pues es el licitador el único que conoce los elementos sobre los que ha desarrollado su oferta.

El recurrente afirma que la Administración en su petición de justificación no especifica *“qué precios, costes u otros parámetros deben ser tenidos en cuenta, a pesar de la obligación legal de hacerlo, en virtud de lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP, antes citado. Este incumplimiento afecta a todos los apartados recogidos en el informe técnico, ya que la petición de información ha sido genérica, sin especificar los aspectos concretos que podrían definir la anormalidad de la oferta”,* lo que es tanto como hacer recaer sobre la Administración la carga de la justificación.

El parámetro es que es una baja del 26%, una reducción superior en el 11% a la siguiente oferta más baja.



Y luego, en abierta contradicción, afirma que *“si la petición de información se hubiera realizado con la claridad especificada en la ley, mi representada habría subsanado los errores de la oferta (inclusión del salario mínimo interprofesional y costes de subrogación; incluso coste de los cuatro coordinadores), incrementando los costes de licitación en 18.132,28 euros (6.668,04 euros + 7.254 euros + 4.210,24 euros), por lo que habrían ascendido a 322.695,84 euros, por debajo de la oferta presentada (337.660,99 euros)”*, reconociendo , por un lado, que su oferta estaba mal formulada y, presuponiendo, por otro, que podía modificar su oferta, a resultas de la justificación.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso, no habiendo desvirtuado el mismo ningún elemento del extenso y razonado informe de los servicios técnicos sobre la oferta, que consideró no viable, sustentando la exclusión 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 don Daniel Carabaño Manzano, en representación de la mercantil Servicios Deportivos Integrales Grupo Animás, SL, contra la Orden de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes de 11 de junio de 2019, por la que se rechaza su proposición del procedimiento de licitación del contrato “Servicios para la realización de cursos y campus deportivos de la Dirección General de Juventud y Deporte, en la temporada 2019/2020» de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes expediente



A/SER 011797/2018.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de 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 los términos de la Ley 29/1998 de 13 de diciembre reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 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.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL POR SUSTITUCIÓN

