

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución 267/2021 de 18 Jun. 2021, Rec. 230/2021

LA LEY 111279/2021

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS. Servicio telefónico de apoyo a la maternidad. Exclusión por oferta anormalmente baja. El recurrente justifica su oferta en la asunción de los costes correspondientes a la realización de tareas complementarias necesarias para la empresa pero ajenas a la especificadas en los Pliegos, al considerar que los éstos yerran a la hora de establecer el número de llamadas que habrán de atenderse y la correlación entre personal y volumen de trabajo. De la oferta de la recurrente se deduce que la ejecución del servicio no se va a realizar con arreglo a lo dispuesto en los pliegos y no puede considerarse una cuestión organizativa del servicio el que el adjudicatario decida que los medios personales, las mejoras y los tiempos de prestación se dediquen a otras actividades distintas de las descritas en los Pliegos.

A Favor: ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.

En Contra: LICITADOR.

Recurso nº 230/2021

Resolución nº 267/2021

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

En Madrid, a 18 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa AlcaláBC Servicios y Procesos, S.A., contra exclusión por oferta con baja anormal en la contratación del "Servicio gratuito de atención telefónica e información sobre recursos de apoyo y asistencia a la maternidad", número de expediente: NUM001 de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de febrero de 2021, se publicó, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la convocatoria del contrato de servicios de referencia, para su adjudicación electrónica por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 276.331,35 euros con un plazo de duración de 12 meses, prorrogable por un año máximo.

Segundo.- A la licitación se presentaron diez licitadores, entre ellos la recurrente.

Con fecha 23 de marzo de 2021, la Mesa de contratación reunida para la apertura de las ofertas económicas y de la documentación que contiene los criterios evaluables automáticamente, comprueba que la oferta de la recurrente incurre en presunción de baja anormal o desproporcionada, por lo que acuerda requerirla para que justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual

se haya definido la anormalidad de la oferta mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos, en especial en relación con los costes de personal y costes indirectos del apartado 4 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), debiendo justificar el respeto de las obligaciones que resulten aplicables en materia social y laboral, así como de aquellas establecidas en el convenio colectivo aplicable, los gastos generales del inmueble y los gastos de actividades, así como las mejoras ofertadas, otorgándole para ello un plazo de diez días hábiles.

La Mesa de contratación de la Consejería se reúne el 6 de mayo de 2021, con objeto de proceder al estudio de la justificación de la oferta económica en baja anormal acordando su exclusión por los motivos recogidos en el informe elaborado el 28 de abril por la D.G. de Infancia, familias y Natalidad, que se publica en el perfil de contratante junto con el acta. El mismo día el órgano de contratación acuerda excluir de la licitación a AlcaláBC Servicios y Procesos, S.A., (en adelante AlcaláBC) y aceptar la propuesta de adjudicación del contrato a favor de Aebia Tecnología y Servicios, S.L., Orden notificada a los interesados y publicada en el perfil de contratante el 11 de mayo de 2021.

Tercero.- El 27 de mayo de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de AlcaláBC, en el que solicita la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión, designando confidencial el contenido de la documentación aportada para el recurso.

Cuarto.- El órgano de contratación el 1 de junio de 2021, remitió el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 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), solicitando la desestimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por entender que la actuación de la mesa se ajustó a los pliegos y a la legislación vigente en materia de contratos públicos.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por la interesada, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 de la LCSP.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por la representación de la empresa estando legitimada para ello al haber sido excluida su proposición al contrato por oferta anormalmente baja, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica *"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"*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de exclusión impugnado fue notificado el 11 de mayo e interpuesto recurso ante este Tribunal el 27 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto, se concreta en determinar si la oferta presentada por la recurrente es viable o no.

La recurrente en su escrito de interposición va tratando de dar contestación a los amplios motivos de exclusión argüidos en el detallado informe técnico emitido el 28 de abril de 2021 por la Directora General de Infancia, Familias y Natalidad, sobre la baja desproporcionada. En relación a la conclusión del informe, refiriéndose al asunto de fondo, considera que el órgano de contratación en la valoración negativa de la justificación de la baja se ha basado en la introducción de criterios no previstos en el pliego, y no ha incluido ningún elemento jurídico más allá de citar unos contenidos inexistentes del PCAP referidos al requerimiento de dedicación en exclusiva del personal adscrito al servicio.

Asimismo, alega que sin ninguna base técnica determina que el servicio no se realizaría de manera eficiente por realizar el personal labores complementarias únicamente en los tiempos de inactividad, sin que interfieran en la línea telefónica ni en la aplicación de recogida de datos. No considera apropiado suponer discrecionalidad técnica en la decisión adoptada, por formar parte de la Administración y gozar de determinados conocimientos técnicos en la materia (protección a la maternidad), pues se trata de la organización o planificación de un servicio, que es tarea de la adjudicataria, y en este caso de la empresa que está realizando el servicio en la actualidad con más de un 99% de atención a los usuarios.

AlcaláBC considera que su exclusión de la presente licitación no se haya motivada por criterios jurídicos, y que los argumentos basados en la discrecionalidad técnica adolecen de errores de interpretación en el significado de la organización de los tiempos del equipo de trabajo y en la asignación de costes de la actividad secundaria no imputable al servicio, que en ningún momento significan la reducción de calidad del mismo. Por último, indica que ni la mesa de contratación ni el órgano de contratación han advertido y considerado el malestar que produce en las trabajadoras permanecer inactivas una elevada proporción de la jornada laboral, incluso aunque se atendiera el máximo de llamadas previsto en el pliego de cláusulas administrativas antes de aplicar la modificación del contrato, añadiendo que sobre este asunto sí existe jurisprudencia, tal y como se recoge en la sentencia STC 56/2019, de 6 de mayo del Tribunal Constitucional.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que la recurrente no ofrece ningún argumento que permita entender que la valoración realizada por el órgano de contratación es infundada o ha incurrido en un error manifiesto. El principal motivo de exclusión se basó en la previsión plasmada en su justificación según la cual el volumen de llamadas sería inferior al establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), lo que implicaría que las trabajadoras pasarían la mayor parte de su jornada sin actividad laboral. En consecuencia, proponía que realizaran tareas administrativas de apoyo a la estructura de la empresa sin que esto entrase en conflicto con la dedicación al servicio telefónico de apoyo a la maternidad. Esta circunstancia se consideró inasumible por el órgano de contratación, por carecer de fundamento la previsión, y porque el hecho de que personal dedicado al contrato pudiera estar realizando otras tareas implicaría, ante la posibilidad de picos de llamadas, aumentar los tiempos de espera o que se perdieran llamadas, lo que llevaría aparejada una deficiente atención y una ejecución defectuosa del servicio objeto del contrato.

La recurrente dedica más de la mitad de su escrito de impugnación a intentar demostrar que las previsiones del PPT en cuanto al número de llamadas no se ajustan a la realidad y a argumentar que el personal requerido en el mismo no está en consonancia con el volumen de trabajo que implica el servicio, a lo que la Consejería alega que no es el momento procedimental para discutir o poner en duda los requerimientos técnicos establecidos en el PPT, señalando que la presentación de la oferta por parte de los licitadores conlleva la aceptación de forma incondicional de los pliegos. Además, la previsión que realiza la entidad no resulta pertinente para justificar el precio propuesto

ya que configuran y predisponen un escenario futuro con las condiciones actuales de volumen de llamadas al teléfono. Esta situación de hecho podrá ser revertida durante el periodo de ejecución del contrato, siendo esperable un incremento del volumen de llamadas actual, atendiendo a múltiples condicionantes, entre otros: el programa tendente a un mayor apoyo a la Natalidad, la puesta en marcha de campañas de difusión del servicio entre la ciudadanía, las potenciales medidas adicionales de apoyo y protección a la Natalidad implementadas por los gobiernos estatal, autonómico y locales, etc., señalando, también, que el volumen anormalmente bajo de llamadas está directamente relacionado con la situación de pandemia COVID 19 vivida durante el año 2020.

Por otra parte, plantea que en ningún caso se puede admitir que la Administración con el precio que paga por un contrato para la prestación de un servicio concreto esté financiando a su vez los gastos de personal que se derivan de la realización de tareas administrativas de apoyo a la propia estructura de la recurrente. No se puede asumir que la viabilidad de la oferta se base fundamentalmente en que gran parte de la jornada del personal adscrito al contrato se dedique a otras tareas de la empresa con el ahorro de personal que supone para la misma, dicho ahorro no puede justificar el precio anormalmente bajo ofertado, y compromete además la adecuada prestación del servicio.

Igualmente indica su desacuerdo con el argumento de que en ningún lugar de los pliegos se establece expresamente que la empresa adjudicataria no pueda destinar el personal adscrito a la ejecución del contrato a tareas diferentes o impropias de su objeto. Así del PPT se deduce claramente la adscripción de un equipo de trabajo determinado al contrato, compuesto por un Coordinador con una dedicación de 4 horas semanales, un psicólogo durante todo el horario de prestación de servicio y un trabajador social que atenderá la franja central del horario, entre las 12:00h y las 19:48h.

Además, se establece expresamente en el PPT que la presencia de estos profesionales estará en todo caso garantizada durante todo el horario de funcionamiento del teléfono y en todos los días de funcionamiento previstos. Asimismo, en el PCAP, en el punto 4.1 de la cláusula 1 relativa al Presupuesto del Contrato, se establece la desagregación del personal por categoría recogiendo expresamente los siguientes porcentajes de jornada de trabajo: Coordinador: 10,25 % de jornada, Titulado Psicología: 100% de la jornada, Titulado Trabajador Social: 100% de la jornada.

Por último, menciona que AlcaláBC ofertó como mejora la contratación de tres psicólogos más para la cobertura de las horas picos del día, y una graduada social a tiempo parcial para formación interna del equipo en materia jurídico laboral, resultando incoherente ofertar como mejora tres trabajadores más dedicados a la prestación del servicio, cuando dimensionan que va a haber menos llamadas y que el personal tiene horas de inactividad elevadas en su jornada laboral ordinaria.

Este Tribunal en primer lugar ha de mencionar que en la tramitación del expediente de contratación se cumple con lo dispuesto en las cláusulas 1.9.3 y 13 del PCAP relativas a valores anormales y actuación de la Mesa de contratación, respectivamente, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP.

El artículo 149 de la LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Como viene manifestando este Tribunal en anteriores resoluciones, la justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando por 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.

Así, es regla común general en el Derecho español, por influencia del Derecho Comunitario, la de adjudicar el contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados, sin que implique como hemos dicho

la exclusión automática, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia para que el licitador justifique la viabilidad económica de su proposición, recabando los asesoramientos técnicos procedentes, sin que sea necesaria una prueba exhaustiva, bastando acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. 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 de asesoramiento técnico 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. Circunstancia que no se da en el presente caso pues tanto la recurrente como el órgano de contratación motivan ampliamente los informes justificativos aportados al expediente.

En todo ello se debe resaltar 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 preceptivos 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 mencionado anteriormente 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 justificación de la baja ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato, y del examen de la presentada por la recurrente, hemos de convenir con el órgano de contratación en que los planteamientos expuestos sobre todo en el apartado relativo a "*La innovación y originalidad de las prestaciones propuestas*", no solo no garantizan la correcta prestación del servicio sino más bien todo lo contrario, dejando entrever que la ejecución del servicio no se va a llevar a cabo con arreglo a lo dispuesto en los pliegos, y sin que se pueda considerar una cuestión organizativa del servicio a decidir por el adjudicatario el que los medios personales mínimos exigidos, así como en su caso las mejoras ofertadas, y los tiempos de prestación se dediquen a actividades diferentes a las contratadas y que son objeto de contraprestación económica. En este sentido conviene recordar que el artículo 198 de la LCSP al regular el pago del precio determina que el contratista solo tendrá derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en la Ley y en el contrato, teniendo la Administración la obligación de abonar exclusivamente los servicios efectivamente prestados, como igualmente recoge la cláusula 31 del PCAP. Por ello huelga mencionar que de ninguna manera se podrán realizar prestaciones distintas a las contratadas por el personal afecto a la ejecución del servicio durante los tiempos contratados para el desarrollo del servicio, y mucho menos abonarlas como parte de la prestación.

A estos efectos es importante señalar que el artículo 149.4 de la LCSP en su párrafo in fine establece que "*Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando ésta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico*", y es precisamente una práctica inadecuada desde todos los puntos de vista, contraria a lo dispuesto en

los pliegos y a lo establecido en la LCSP la justificación de ahorro planteada por la recurrente, basada en lo que denomina porcentaje de tiempos de inactividad en el equipo, optimizando los tiempos con la diversificación de la actividad de los trabajadores, lo que redundaría en la reducción de costes aplicados al servicio, al compartirlo con tareas administrativas de la empresa, que según estima nos les resta disponibilidad, y no está prohibida en los pliegos.

Igualmente coincidimos con el órgano de contratación en que los pliegos establecen detalladamente la prestación determinando los recursos personales necesarios para la ejecución del contrato, fijando el equipo profesional de trabajo, experiencia y dedicación que se precisa, los días y horarios de prestación del servicio, en las prescripciones 3 y 4 del PPT que regulan las condiciones del servicio telefónico y los recursos necesarios para la prestación del servicio, sin que quepa entender como pretende la recurrente que los pliegos permiten realizar otras tareas ajenas al contrato, por el contrario los profesionales adscritos al contrato durante el horario de funcionamiento del teléfono se tienen que dedicar exclusivamente a las tareas que son objeto de la prestación.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto por AlcaláBC al no haber justificado debidamente la viabilidad de su oferta conforme a lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP.

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 la empresa AlcaláBC Servicios y Procesos, S.A., contra su exclusión por oferta con baja anormal de la licitación del contrato de "Servicio gratuito de atención telefónica e información sobre recursos de apoyo y asistencia a la maternidad", número de expediente: NUM001 de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad de la Comunidad de Madrid.

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 de la LCSP.

