

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

En Madrid, a 26 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don M.F.R., en nombre y representación de Innova Data Center, S.L., contra la Orden del Consejero de Asuntos Sociales, de fecha 29 de octubre de 2014, por la que se excluyen las proposiciones presentadas y se declara desierto el procedimiento de licitación del contrato de “Apoyo Técnico en las valoración del cálculo de la capacidad económica de las solicitudes de dependencia”, expediente 141/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de agosto de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la licitación del “Servicio de Apoyo Técnico en la valoración del cálculo de la capacidad económica en las solicitudes de dependencia”, de la Consejería de Asuntos Sociales, con un valor estimado de 759.623 euros, IVA excluido, con una duración de dos años, mediante tramitación ordinaria, procedimiento abierto y un único criterio de adjudicación, el precio.

Segundo.- Durante el plazo de presentación de ofertas se presentaron cuatro licitadoras, siendo una de ellas la recurrente.

Tercero.- La Mesa de contratación se reúne el 8 de septiembre de 2014, procediendo a la apertura de los sobres correspondientes a la proposición económica de las tres empresas que habían sido finalmente admitidas a la licitación.

En esa misma fecha se comunica a Innova Data Center, S.L. (en adelante INNOVA) y al resto de licitadoras, que sus ofertas están incursas en presunción de oferta anormalmente baja o desproporcionada atendiendo a los criterios fijados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y se da un plazo de diez días hábiles para que presenten la oportuna justificación de acuerdo con lo establecido en el art.152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

La recurrente remitió la justificación de su oferta el 11 de septiembre de 2014.

La Mesa de contratación, en reunión de fecha 27 de octubre de 2014, estudió la justificación presentada por INNOVA y las otras empresas licitadoras y el informe técnico de la Dirección General de Coordinación de la Dependencia. Tras dicho estudio considera que la citada empresa no justifica adecuadamente el coste económico de la oferta formulada, por lo que, se propone su exclusión. Igualmente considera que tampoco han justificado sus ofertas las demás empresas, por lo que propone al órgano de contratación la declaración de desierto del procedimiento.

Mediante Orden 2306/2014, del Consejero de Asuntos Sociales, se declara desierto el procedimiento al ser excluidas las tres empresas licitadoras finalmente admitidas, por los motivos que se especifican en la misma. Dicha Orden fue notificada a la empresa con fecha 30 de octubre de 2014.

Cuarto.- Con fecha 5 de noviembre de 2014, INNOVA presentó ante este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la Orden de exclusión. El recurso había sido previamente anunciado el día 3 de noviembre.

La recurrente alega falta de motivación de la exclusión, al considerar que el único elemento que, según la Mesa, no permite la viabilidad del contrato es la consideración a efectos del cálculo de los costes de personal, de las subvenciones que sostiene, no le han sido concedidas.

Sostiene que la Orden denegatoria de la subvención no le ha sido notificada y que en cualquier caso no es firme, por lo que contra ella cabría interponer recurso contencioso administrativo. En consecuencia, mantiene que no puede tenerse en consideración como motivo de exclusión.

Quinto.- El Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitando la remisión del expediente que fue aportado junto con el Informe sobre el recurso interpuesto el día 7 de noviembre.

Sexto.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo ha formulado alegaciones la empresa Betan, S.A., que sostiene que el recurso debe desestimarse ya que carece de motivación, por cuanto la recurrente no presenta justificación suficiente de su oferta, y la Orden de concesión de subvención para 2014 ya ha sido comunicada a esta empresa, por lo que podría la recurrente haber obtenido la comunicación de haberlo solicitado. Por otro lado argumenta que existen deficiencias en la actividad de la recurrente que constan en el apartado de quejas y sugerencias en el Servicio de Atención al Ciudadano de la Comunidad de Madrid por lo que deben rechazarse las alegaciones de la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de Innova Data Center, S.L. para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TR LCSP que dispone que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial*

en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso". Asimismo se acredita la representación.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de proposiciones y declaración de desierto correspondiente a un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP "Otros servicios", no estando sujeto a regulación armonizada, cuyo importe es superior a 207.000 euros, por lo que el acto es recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1. b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Orden de declaración de desierto impugnada fue adoptada el 29 de octubre de 2014, la notificación fue efectuada el día 30 de octubre y el recurso ha sido interpuesto ante el Tribunal el día 5 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la primera cuestión que se plantea es la relativa a la consideración de la oferta presentada por INNOVA que incurría en valores anormales o desproporcionados y la tramitación seguida.

Los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación exigen que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa. Excepcionalmente el TRLCSP admite que la oferta más económica no sea considerada la más ventajosa cuando en ella concurren características que la hacen desproporcionada o anormalmente baja, permitiendo en

esos casos que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria.

El artículo 152.1 del TRLCSP dispone que *“cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”*.

Los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias se establecen el apartado 7 del PCAP, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El apartado 3 del citado artículo 152 del TRLCSP, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta al disponer que *“cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique su valoración y precise sus condiciones, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento habrá de solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.”

Consta en el acta de la Mesa de contratación del 8 de septiembre de 2014 que a la licitación se admitieron tres empresas y una vez abiertos los sobres que contenían las proposiciones económicas se hizo constar que todas las ofertas podían considerarse con valores anormales o desproporcionados y que por tanto se les pediría aclaración sobre las mismas, así como el asesoramiento de los servicios técnicos correspondientes.

En consecuencia se comunicó tal circunstancia a INNOVA concediéndole un plazo de diez días para que justificara los términos de su oferta y la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

La empresa INNOVA presenta justificación de la oferta en presunción de temeridad declarando que la importante minoración sobre el precio de licitación está sustentada en el menor coste salarial que ha de soportar dada su condición de Centro Especial de Empleo (CEE), que tiene concedida para todos y cada uno de sus trabajadores discapacitados una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social y una subvención del coste salarial para el mantenimiento de los puestos de trabajo de los trabajadores discapacitados por una cuantía del 50% del salario mínimo interprofesional, o proporcional si el contrato es a tiempo parcial, sin distinción de que el mismo sea fijo o temporal.

El informe emitido sobre la justificación presentada señala que la empresa recurrente justifica la baja de su oferta sobre el precio de licitación alegando que, dada su condición de Centro Especial de Empleo, en régimen de concesión directa tiene concedidas para todos y cada uno de sus trabajadores discapacitados determinadas subvenciones y ayudas públicas. Sin embargo, de acuerdo con el certificado emitido por la Subdirección General de Empleo, de fecha 24 de octubre de 2014, la última subvención concedida lo fue con cargo al ejercicio 2013 para los periodos comprendidos entre julio de 2012 y julio de 2013, más la pagas extraordinarias de 2012 y 2013, y, añade el certificado que, por Orden nº 19937/2014, de 21 de octubre, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid, se deniega al Centro Especial de Empleo INNOVA DATA CENTER, S.L. la subvención solicitada para financiar al coste salarial de los trabajadores con discapacidad por el periodo subvencionable comprendido entre los meses de agosto de 2013 y julio de 2014, ambos inclusive, incluyendo las pagas extraordinarias de Navidad de 2013 y verano 2014 (Orden 16714/2014, de 11 de septiembre).

Por tanto, considera que hay que tener en cuenta que *“la última subvención convocada el pasado mes de septiembre, mediante la citada Orden 16714/2014, le ha sido denegada por la precitada Orden 19937/2014, y abarcaba el periodo comprendido entre los meses de agosto de 2013 y julio de 2014, ambos inclusive, incluyendo las pagas extraordinarias de Navidad de 2013 y verano 2014 y la imposibilidad de que se hubiese concedido a la empresa la subvención de coste salarial para el mantenimiento de los puestos de trabajo de trabajadores discapacitados para el siguiente periodo, al no haber podido ni tan siquiera solicitarla, ya que todavía no está aprobada para el año 2015 la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, y por tanto, carece de crédito la subvención”*.

El artículo 152 del TRLCSP exige que una vez identificadas las ofertas con valores anormales o desproporcionados y antes de adoptar una decisión sobre la adjudicación del contrato se de audiencia al licitador para que justifique los precios de su oferta (la valoración) y precise las condiciones de la misma, considerando después la oferta a la vista de las justificaciones facilitadas en dicho trámite. Es necesario probar la viabilidad de la oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificantes. Seguidamente procede valorar las explicaciones presentadas y en consecuencia tomar la decisión de admitir o rechazar las citadas ofertas.

La apreciación de 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, debiendo por ello, los licitadores cumplir dicho trámite de forma adecuada. Cuando la explicación remitida resulta insuficiente, la consecuencia que se impone es el rechazo de la proposición por no haber acreditado su viabilidad.

En el supuesto que nos ocupa la justificación presentada por la licitadora en el trámite de audiencia concedido para explicar la oferta es insuficiente, pues no se acredita que se cuente con las subvenciones que permitirían mantener el estudio económico presentado, por lo que el análisis de la oferta a la luz de las circunstancias existentes, no puede concluir su viabilidad.

No puede mantenerse tampoco que la Orden 19937/20104, de 21 de octubre, que deniega la concesión de la subvención, no es firme ya que en virtud de lo establecido por el artículo 94 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los actos de las Administraciones Públicas sometidos al Derecho Administrativo, son inmediatamente ejecutivos y de acuerdo con el artículo 111 de la misma disposición, la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecutividad del acto impugnado.

Tal como establece el artículo 22, apartado f) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, corresponde a las mesas de contratación:

“f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152.4 del TRLCSP si el órgano de contratación estima que, considerando las justificaciones aportadas por el licitador y el informe emitido sobre la misma por el servicio al que se solicitó el asesoramiento técnico, la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, debe excluirla de la clasificación y adjudicar el contrato a la siguiente proposición más ventajosa.

El Tribunal observa que, en el presente caso se ha seguido el procedimiento legalmente previsto en el artículo 152.2 y 3 del LCSP, en cuanto a la consideración y tramitación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, habiéndose dado a la recurrente la oportunidad de presentar la explicación de la valoración y precisiones justificativas de su oferta y que la empresa, en el trámite de audiencia concedido no justifica las condiciones de la oferta, de manera que no ha podido ser considerada suficiente por la Administración en el informe técnico debidamente

motivado que ha hecho suyo la Mesa de contratación y el órgano de contratación, por lo que no se ha acreditado la posibilidad de cumplir el contrato en los términos indicados en la proposición, teniendo como consecuencia el rechazo de la oferta y la propuesta de adjudicación a la siguiente oferta mejor clasificada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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 Innova Data Center, S.L., contra la Orden del Consejero de Asuntos Sociales, de fecha 29 de octubre de 2014, por la que se excluyen las proposiciones presentadas y se declara desierto el procedimiento de licitación del contrato de “Apoyo Técnico en las valoración del cálculo de la capacidad económica de las solicitudes de dependencia”, expediente 141/2014.

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 47.5 del TRLCSP

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 49 del TRLCSP.