



Recurso nº 10/2012

Resolución nº 040/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 3 de febrero de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.F.R, en representación de la empresa INNOVA DATA CENTER, S. L. contra el acuerdo de 27 de diciembre de 2011, de la Junta de Contratación del Ministerio de Justicia, por la que se adjudica en procedimiento abierto el contrato de servicio de grabación de datos, ensobrado, tratamiento manual de documentos y salidas de documentos y escritos en la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil, expediente ASE 110, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 14 de octubre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, anuncios para la licitación por tramitación ordinaria y procedimiento abierto de un contrato de servicio de grabación de datos, ensobrado, tratamiento manual de documentos y salidas de documentos y escritos en la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil. El contrato está clasificado como Categoría 7, Servicios de informática y servicios conexos, vocabulario común de contratos públicos (CPV) 72312000. Está reservada la participación en el procedimiento a los Centros Especiales de Empleo a los que se refiere el artículo 41 y siguientes de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos. Se cifra el importe total del contrato en 566.400,00 euros, siendo el valor estimado del contrato de 1.152.000,00 euros. El único criterio de adjudicación es el precio más bajo.

A la licitación referida presentó oferta la sociedad recurrente.

Segundo. El 22 de noviembre de 2011 se examinó por el grupo de trabajo que asiste a la Junta de Contratación la documentación contenida en el sobre que contenía la documentación general presentada por los licitadores, aceptando tras las oportunas subsanaciones la totalidad de la documentación presentada.

El 1 de diciembre se procedió a la apertura en acto público del sobre que contenía las proposiciones económicas. A continuación, una vez celebrado el acto público, el grupo de trabajo que asiste a la Junta de Contratación acordó proponer, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, la clasificación de las proposiciones presentadas, sin perjuicio de que al considerar la oferta presentada por Innova Data Center, S. L. anormalmente baja o desproporcionada se le solicitó, conforme establece el artículo 136.3 de la citada Ley, audiencia para que justificase la valoración de la oferta y precisase las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, que garantice que la oferta es correcta, que no adolece de error o de inconsistencia que la haga inviable; comunicación que se efectuó por fax el día 2 de diciembre.

El 3 de diciembre la hoy recurrente presentó alegaciones en las que señalaba que la importante minoración que sobre el precio de licitación suponía la proposición económica estaba sustentada en el menor coste salarial que había de soportar dada su condición de Centro Especial de Empleo, enumerando las subvenciones y ayudas públicas concedidas en tal condición.

El 12 de diciembre se emitió informe por la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil sobre el referido escrito de justificación en que *“informa negativamente”* la justificación presentada.

El mismo 12 de diciembre el grupo de trabajo, siguiendo el informe presentado, propuso a la Junta de Contratación que acordase excluir del procedimiento de adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 136.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, a Innova Data

Center, S. L. por estimar que la oferta no puede ser cumplida por la inclusión de valores anormales o desproporcionados, y proponiendo a la Junta de Contratación la clasificación, por orden decreciente, en aplicación del artículo 135.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, de las proposiciones presentadas que no habían sido declaradas desproporcionadas ni rechazadas.

El 27 de diciembre de 2011 la Junta de Contratación acordó, aceptando la propuesta del grupo de trabajo, adjudicar el contrato a la empresa SERMES PLANIFICACIÓN, S.L., por importe de 421.118,40 euros, IVA incluido, por ser su oferta la mas baja de las presentadas, notificandose individualizadamente a los licitadores por fax el 28 de diciembre, constando su recepción el mismo día.

Tercero. La recurrente anunció la interposición del recurso especial al órgano de contratación el 10 de enero, y presentó escrito de interposición ante este Tribunal el 11 de enero de 2012.

En el *petitum* solicita la nulidad de la adjudicación impugnada, dejándola sin efecto, procediendo a la adopción de una nueva adjudicación.

Cuarto. El 16 de enero tiene entrada en el Tribunal el expediente remitido por el órgano de contratación acompañado de su informe.

La Secretaría del Tribunal, el 18 de enero de 2011, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo formulado alegaciones la adjudicataria Ser-Mes Planificación, S. L.

Quinto. El 26 de enero de 2011 se notificó a la recurrente y al órgano de contratación el acuerdo del Tribunal de mantener la suspensión automática conforme a las previsiones del artículo 46.3 del vigente, desde el 16 de diciembre, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El escrito presentado debe calificarse como recurso especial en materia de contratación, correspondiendo a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 41.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios clasificado como categoría 7 del Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo valor estimado es superior a 125.000 euros. En consecuencia el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1, a) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. La adjudicación se notificó el 28 de diciembre y el escrito se presentó, previo anuncio de su interposición, en el órgano de contratación el 11 de enero de 2011, por tanto dentro del plazo legalmente previsto para ello (artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Cuarto. La legitimación activa de los recurrentes viene otorgada por aplicación del artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. La cuestión planteada por el escrito del recurrente se refiere a la apreciación o no de la temeridad de la oferta presentada por ella, de la que a su juicio no adolece, razón por la que solicita la nulidad de la adjudicación.

Al respecto, como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, en particular en la Resolución 222/2011, de 14 de septiembre, debe indicarse que el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación los de libre competencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como

tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.

Ahora bien, por excepción, y, precisamente para garantizar el interés general, se prevé la posibilidad de que reúna tal característica y no sea considerada sin embargo la más ventajosa, cuando en ella se entienda que hay elementos que la hacen incongruente o desproporcionada o anormalmente baja. En consecuencia, tanto el derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2044/18/CE), como el español, admiten la posibilidad de que la oferta inicialmente más ventajosa no sea la que sirva de base para la adjudicación.

Partiendo de la consideraciones efectuadas, al tratarse conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el proceso de contratación, de un procedimiento de licitación que se adjudicará mediante procedimiento abierto y en el que se utilizará como único criterio de adjudicación el del precio más bajo, ha de atenderse a lo previsto en el artículo 136.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, hoy 152.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre, que al respecto dispone:

“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”.

La remisión reglamentaria se completa con lo dispuesto en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el que se dispone:

“Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.

6. Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”.

Pues bien el Anexo 3 “criterios de adjudicación y parámetros para la consideración de ofertas anormalmente bajas” del pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación que nos ocupa en su punto 2.1 reproduce los criterios sentados en los cuatro primeros apartados del referido artículo 85 del Reglamento transcrito, a la hora de fijar los parámetros para considerar una oferta anormalmente baja o desproporcionada.

Como también hemos señalado, la apreciación de si una oferta contiene valores anormales o desproporcionados, no es un fin en sí misma, sino un medio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. Este hecho, además, trae como consecuencia que 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 y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Ello motiva que el artículo 136 de la Ley 30/2007, en sus apartados 3, hoy 152.3 del texto refundido, establezca que *“cuando el se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, 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 va a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada”.

En consecuencia, la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y

los informes emitidos por los servicios técnicos, alegaciones e informe que en ningún caso tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente los mismos y adoptar su decisión en base a ellos.

Sexto. De conformidad con la normativa expuesta, la Junta de Contratación puso de manifiesto que la oferta presentada por la recurrente al amparo de lo previsto en el punto 2.1.4 del Anexo 3 del Pliego que reproduce lo fijado en el artículo 85.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, podía ser considerada anormalmente baja o desproporcionada, dando traslado a la empresa para que conforme al artículo 136.3 de la Ley 30/2007, hoy 152.3 del texto refundido, formulara sus correspondientes alegaciones.

Las alegaciones de la recurrente justificaron la cuantía de la baja sobre el precio de licitación en su proposición económica en el menor coste salarial que había de soportar en su condición de Centro Especial de Empleo, de acuerdo con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, lo que le obliga a componer permanentemente su plantilla con, al menos, un 70% de personas discapacitadas.

Así señalaba que en tal condición, en régimen de concesión directa, Innova Data Center S.L. tenía concedidas para todos y cada uno de sus trabajadores discapacitados las siguientes subvenciones y ayudas públicas, bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta y subvención de 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 en virtud de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre y Orden 1857/2008, de 11 de julio, de la Consejería de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid, modificada por Orden 32/2009, de 12 de enero. Señalando asimismo que ninguna de las bonificaciones y subvenciones mencionadas están afectadas por el Reglamento (CE) num. 1998/2006 de la Comisión Europea, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del

Tratado a las ayudas de *mínimis*. Entendiendo que le era de aplicación el parafóculo último del artículo 136.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que establece que "*si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas*".

Las alegaciones fueron objeto de análisis detallado en el informe de la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil que, aplicando las bonificaciones de seguridad social señaladas a los salarios pactados en el convenio colectivo aplicable, de acuerdo con el número de personas necesario para realizar el trabajo durante el plazo de duración y por el número de horas precisas descontando tiempo de descanso y vacaciones, suponía un coste salarial muy superior a la oferta al que además habría que añadir los costes de gestión y el beneficio empresarial. También señalaba 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 de acuerdo con la Ley 27/2009 de 30 de diciembre de la Comunidad de Madrid al no haberse podido tan siquiera solicitar al no estar la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid aprobada y por tanto sin crédito la subvención. Concluyendo por todas estas razones que la oferta no puede ser cumplida por la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

El informe de los servicios técnicos, obrante en el expediente, es de fecha anterior al acuerdo de adjudicación y ha sido tenido en cuenta en la adopción de la misma, como exige el artículo 136.3 de la Ley 30/2007, hoy 152.3 del texto refundido.

El recurrente en su escrito de recurso insiste en la aplicación del último párrafo del artículo 136.3 de la Ley 30/2007, 152.3 del texto refundido, pero, como señalan de adverso tanto el órgano de contratación como la empresa adjudicataria, la percepción de ayudas públicas por el alegante no ha sido la razón para calificar como anormalmente baja la oferta. Antes bien el informe de los servicios técnicos parte de la percepción de las ayudas públicas por el licitador, por lo demás comunes a todos los licitadores al limitar el

pliego la participación en el procedimiento a los Centros Especiales de Empleo, y pone de manifiesto que la percepción de las mismas no justifica por sí misma, como pretende el recurrente, la baja desproporcionada en la oferta ni menos aún la posibilidad de cumplir el contrato, por lo que no es de aplicación la norma legal invocada.

Llegados a este punto hemos de traer a colación lo fijado por el artículo 136.4 de la Ley 30/2007, hoy 152.4 del texto refundido, cuando dispone que *“si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior”*.

En este sentido, dado que la finalidad de la regulación de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio con objeto de evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas puedan ser rechazadas sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento, debe afirmarse que oído el licitador y examinadas sus alegaciones mediante informe suficiente y adecuadamente motivado, no ha adolecido el procedimiento que concluye con la adjudicación, de vicio alguno.

En efecto, toda vez que en el procedimiento de licitación el único criterio a tener en cuenta para adjudicar el contrato era el precio, habiéndose constatado el carácter exageradamente bajo de la oferta presentada por el reclamante, que hacía inviable el cumplimiento del contrato objeto del proceso de licitación, debemos afirmar la plena validez de la exclusión de la oferta del recurrente y de la adjudicación acordada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.A.F.R, en representación de la empresa INNOVA DATA CENTER, S. L. contra el acuerdo de 27 de diciembre de 2011, de la Junta de Contratación del Ministerio de Justicia, por la que se adjudica en procedimiento abierto el contrato de servicio de grabación de datos, ensobrado, tratamiento manual de documentos y salidas de documentos y escritos en la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil, expediente ASE 110.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del texto refundido de Ley de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.