



Roj: **STSJ M 74/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:74**

Id Cendoj: **28079330032015100008**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/01/2015**

Nº de Recurso: **1171/2013**

Nº de Resolución: **7/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MALDONADO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2013/0026456

Recurso nº 1171/2013

Ponente: Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Recurrente : Dinamia S. Coop. Mad.

Representante: Procurador D. José Antonio Sandin Fernández

Parte demandada: Comunidad de Madrid

Representante: Letrado de la Comunidad de Madrid

Codemandado: Innovación y Desarrollo Local, S.L.

Representante: Procurador Dña. Concepción Giménez Gómez

SENTENCIA NÚM. 7

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Dña. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a 15 de Enero de 2015.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 1171/2013 interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Dinamia S. Coop.Mad., contra resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 2 de Octubre de 2013; sobre solicitud del derecho a la adjudicación del contrato "Desarrollo de un programa dirigido a promover la participación social y laboral de las mujeres del ámbito rural durante el año 2013" de la citada entidad recurrente; habiendo sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada por su Letrado y parte codemandada Innovación y Desarrollo Local, S.L., representada por su procuradora Dña. Concepción Giménez Gómez.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 14 de Enero de 2015.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Pilar Maldonado Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad mercantil Dinamia S. Coop.Mad. interpone el presente recurso contencioso administrativo contra resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 2 de Octubre de 2013, cuya parte dispositiva estima parcialmente el recurso especial interpuesto frente al acuerdo de adjudicación del contrato denominado " Desarrollo de un programa dirigido a promover la participación social y laboral de las mujeres del ámbito rural durante el año 2013", cofinanciado por el Fondo Social Europeo, Objetivo "Competitividad y Empleo" (2007-2013), eje 2, Tema Prioritario 69" (expediente 2013), debiéndose notificar a la recurrente la causa por la que no se considera debidamente justificada su oferta, afirmando que *" consta en el expediente que a la recurrente le fue notificada la adjudicación y en ella consta la oferta económica presentada por la adjudicataria desglosada y las ofertas que resultaron excluidas, pero respecto de la recurrente no se indican los motivos por los que no se ha considerado debidamente justificada la viabilidad de su oferta. En este caso, la notificación hace referencia al informe técnico pero no se hace mención al motivo manifestado en dicho informe por el que se considera que no justifica adecuadamente la valoración de su oferta, por lo que ha de entenderse que la notificación de la adjudicación en cuanto a la causa de exclusión de la recurrente no fue debidamente motivada"*.

SEGUNDO.- Pretende la recurrente se estime el recurso se anule las resoluciones impugnadas, estableciéndose su derecho a la adjudicación del referido contrato, dado que su oferta, en aplicación del criterio único del precio establecido en las bases del concurso, resultaba la más económica y no incurría en valores desproporcionados o temerarios y se encontraba debidamente justificada atendiendo al PCAP que regía el contrato, alegando, en síntesis, que en cumplimiento de la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 2 de Octubre de 2013, antes citado, se le notifica nuevamente el acuerdo de adjudicación del contrato, en los términos siguientes: *" Las razones para considerar que la oferta de Dinamia S. Coop. Mad. No puede ser cumplida, como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados y según consta en el informe de la Directora General de la Mujer de 9 de julio de 2013, son los siguientes. Dinamia S. Coop. Mad. Para el cálculo de su oferta la empresa ha hecho una estimación de los costes que le puede ocasionar la prestación de los servicios objeto del contrato, de forma que le permita ofrecer dicho servicio en condiciones ventajosas. Estos datos han sido desglosados y especificados en sus alegaciones, en base a las distintas actuaciones objeto del proyecto. Tras su estudio se observa lo siguiente: Para hallar el cómputo total de los gastos de personal en los conceptos de coordinación y apoyo técnico, la empresa ha multiplicado el coste mensual de las nóminas por cinco meses y medio. De conformidad con los Pliegos de Prescripciones Técnicas, el plazo para la ejecución del contrato empezará a contar desde el día 1 de junio de 2013 o desde el día siguiente a la firma del contrato en caso de ser posterior, hasta el día 15 de diciembre de 2013"*.

Afirma la actora que existió una corrección de errores en la convocatoria del contrato, que supuso la ampliación del plazo de presentación de proposiciones hasta el 7 de junio de 2013, comunicando a los licitadores que, en caso de haber presentado sus proposiciones, podrán retirarlas para adaptarlas a las nuevas circunstancias, lo que ella efectuó ajustando el gasto de personal a las fechas reales, teniendo en cuenta que era imposible que el contrato se iniciase el 1 de junio.

En cuanto al fondo el asunto, señala que su oferta fue calificada como desproporcionada o temeraria, al considerar que la misma era inferior en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, afirmando que por aplicación del artículo 85.3 del RD 1098/2001, la oferta de Escuela de Estudios Superiores, al superar en 10 unidades porcentuales la media de las ofertas presentadas, debe quedar fuera del cómputo. Por lo que la media aritmética debe realizarse con las ofertas de las 2 empresas restantes, sin que ninguna de ellas se encuentre por debajo de los 10 puntos porcentuales, lo que supone que no puedan ser



consideradas temerarias. Además ninguna de las 3 ofertas resulta inferior en más de un 25%, concluyendo que ninguna debió ser considerada baja temeraria y que debió resultar adjudicataria al ofertar un precio menor.

La Comunidad de Madrid, al contestar la demanda, alega, en primer término, inadecuación de la pretensión actora afirmando que la adjudicación del contrato que es lo que solicita la actora corresponde a la Administración, por lo que en caso de estimarse la demanda solo procede retrotraer el procedimiento para que se proceda a valorar las ofertas y a adjudicar el contrato a la empresa que corresponda. Señala que la oferta económica presentada por la actora era desproporcionada, ya que se considera desproporcionada, en cualquier caso, la baja superior a 25 unidades porcentuales (art. 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos) referido al importe de la licitación (212.140 euros), por lo que eran desproporcionadas las ofertas inferiores a 159.105 euros. En consecuencia, la oferta de la recurrente (132.125,00), tal y como estimó la Mesa de Contratación debió ser calificada como desproporcionada. Por otro lado, dice que cuando el recurrente presentó justificación de su oferta en la que los gastos de personal se multiplicaban por cinco meses y medio en lugar de los seis y medio que constituían la duración del contrato, estaba presentando una oferta que no respondía a la realidad. En consecuencia es ajustada a derecho la decisión de la Consejería de entender no justificada la oferta y no adjudicarle el contrato.

La codemandada, Innovación y Desarrollo Local, S.L, solicita la inadmisión del recurso por carencia de objeto con base a que la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública estimó la petición subsidiaria de recurso interpuesto por Dinamia S. Coop Mad, dejando sin efecto la Orden de 5 de Agosto de 2013, en lo referente a su exclusión. En cumplimiento de la citada resolución, el Órgano de Contratación acuerda de forma motivada la exclusión de Dinamia S. Coop Mad. La nueva Orden le fue notificada, sin que contra la misma haya interpuesto recurso alguno. Por tanto, su exclusión como posible adjudicataria del contrato devino consentida, firme e inatacable. Por otro lado, alega inadecuación de la pretensión actora ya que la estimación de la demanda no puede conllevar la adjudicación del contrato, a lo más a retrotraer el expediente para que su oferta sea nuevamente valorada con la de los demás licitadores; pretensión que no realiza la actora, añadiendo que tampoco dicha pretensión podría prosperar por cuanto que el contrato ha sido ya ejecutado. En cuanto al fondo señala que la oferta económica presentada por la recurrente era desproporcionada al superar en 25 unidades porcentuales el presupuesto de licitación, y, además, no justificó que con el importe ofertado pudiera dar cumplimiento al contrato, porque los costes están calculados sobre un periodo de ejecución de cinco meses y medio cuando la duración del contrato era de seis meses y medio, dado que el PCAP impedía modificar el importe de la adjudicación en función de la fecha de inicio o duración temporal del contrato.

TERCERO.- Con carácter previo pasamos a examinar la causa de inadmisión del recurso alegada por la codemandada, ya que de estimarse impediría entrar en el examen de fondo de las cuestiones planteadas.

De los documentos obrantes en el expediente administrativo se deduce que el recurrente interpuso el recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública contra la Orden de 5 de Agosto de 2013 por el que se adjudica el contrato a la empresa Innovación y Desarrollo Local, S.L. Por otro lado, dicha resolución administrativa contiene la relación de los licitadores excluidos y el motivo de la exclusión, y en concreto a la empresa recurrente se la excluye " *por estimarse que su oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados con informe técnico desfavorable* " .

En el recurso especial Dinamia S. Coop. Mad. solicitaba del citado Tribunal la anulación de la resolución, decidiendo la adjudicación a su favor o subsidiariamente la retroacción del procedimiento al momento anterior a la notificación de la resolución impugnada para la subsanación de los defectos formales esenciales denunciados, consistente en falta de motivación de la resolución impugnada, dado que desconocía los motivos por los que ha sido excluida de la licitación.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública en la resolución impugnada, en ningún momento procede a la anulación de la Orden de 5 de Agosto de 2013, limitándose a ordenar al órgano de contratación que notifique al recurrente la causa por la que no se considera debidamente justificada su oferta; lo que este realiza por resolución de 14 de Octubre de 2013.

Ahora bien, el citado Tribunal Administrativo de Contratación pública desestima el fondo del recurso, dado que analiza el mismo, consistente en si la oferta de recurrente incurría en baja anormal o temeraria llegando a la conclusión de que en efecto así ocurría, dado que su oferta era superior en 25 unidades porcentuales en relación con el precio de adjudicación y que, por otra parte, el órgano de contratación había seguido los trámites previstos en el artículo 152 de TRLCSP, y que el informe técnico consideró que la oferta de la recurrente no estaba justificada, por lo que el órgano de contratación no aceptó la oferta de Dinamia al estar incurso en valores anormales y no haber resultado justificada su viabilidad y adjudicó el contrato a la siguiente mejor oferta que había justificado su viabilidad .Dicha resolución así como la Orden de 5 de Agosto de 2013 son el objeto de este recurso.



Por tanto, procede desestimar la causa de inadmisión planteada, ya que es evidente que el recurso no carece de objeto.

Por otro lado, debemos señalar antes de examinar el fondo del asunto planteado, que no existe inconveniente legal alguno de que este Tribunal, si considera que la oferta del recurrente no es temeraria y que es la más beneficiosa, al ser el único criterio de adjudicación el precio, ordene al órgano de contratación que adjudique el contrato a la entidad Dinamia S. Coop. Mad, por lo que la pretensión actora no es inadecuada, como afirman la parte demandada y codemandada y si el contrato por razones temporales ya se hubiera ejecutado, la sentencia podrá declarar que se le debió adjudicar, por lo que procedería reconocer el derecho de la actora a que se le indemnizen los perjuicios derivados de la actuación administrativa en la cuantía que se establezca en ejecución de sentencia. En dichos términos se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, Sala Tercera, entre otras, en Sentencia de 23 de Febrero de 2012. Asimismo la Sentencia del Alto Tribunal de 21 de julio de 2014, procede a adjudicar el contrato a la recurrente afirmando que *"La estimación de la pretensión principal evita pronunciarse sobre la subsidiaria, de indemnización, sin perjuicio de que cuando haya de ejecutarse la sentencia pueda alegarse la imposibilidad de ejecución y sea entonces el momento en que se ejercite la petición de indemnización sustitutoria"*. O la S. Sala de lo Contencioso Administrativo de Cataluña de 14 de febrero de 2006, que en un supuesto de baja temeraria, entendió que la oferta de la actora no estaba incurso en ella y, por otro lado, resultaba ser la económicamente más beneficiosa, por lo que habiendo sido adjudicado el contrato a otra sociedad licitadora, con infracción del ordenamiento jurídico, otorga una indemnización a la recurrente, a tenor del art. 31-2 LJCA, que concreta en los daños realmente causados, y el 6% del beneficio industrial.

CUARTO.- Entrando en el examen del fondo del asunto planteado, el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares del Contrato, en su Anexo I, Clausula séptima, referente al procedimiento de adjudicación dispone que este será procedimiento abierto con un único criterio, que es el precio y respecto a las ofertas con valores anormales o desproporcionados dice lo siguiente: *" se considerará que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, conforme a lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se cumplan los supuestos establecidos en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en función del presupuesto de licitación, el número de licitadores presentados y unidades porcentuales más bajas que represente su oferta, en relación con el presupuesto de licitación y/o precio de la media aritmética de las ofertas presentadas"*.

Por su parte, el artículo 85 del RD 1098/2001, de 12 de Octubre, sobre criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, establece que *" se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias"* mencionando en su apartado tercero referente a aquellos supuestos en los que concurran 3 licitadores, como ocurre en el supuesto debatido *" Cuando concurran 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"*.

Finalmente el artículo 152 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, también referente a las ofertas con valores anormales o desproporcionados, señala, en sus apartados primero, tercero y cuarto 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. Cuando 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 vaya 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 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"*.

QUINTO.- Expuesta la normativa en la materia, de los documentos obrantes en autos se deduce que el presupuesto de licitación ascendía a 212.140,00 euros, siendo tres las entidades que definitivamente



concurrieron a la licitación, al ser excluidas de procedimiento licitatorio por diversos motivos varias de ellas, que presentaron las siguientes ofertas económicas: Innovación y Desarrollo Local, S.L. (133.992,33 euros). Escuela Estudio (159.000,00 euros) y Dinamia S. Coop. Mad. (132.125,00 euros).

Si calculamos el 25% del tipo de licitación, nos da una cifra de 53.035, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 85.3 del Reglamento de la Ley de Contratos del Estado, todas las ofertas inferiores a 159.105 euros eran desproporcionadas o temerarias, por ser inferior en más de 25 unidades porcentuales al precio de adjudicación, y la recurrente al presentar su oferta económica por valor de 132.125,00 euros incurría, conforme se dice en la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública en una baja del 37,71% del precio de licitación; por lo que no existe duda de que era desproporcionada o temeraria.

Dicho lo anterior, ninguna de las partes procesales discute que la Administración cumplió con el trámite procedimental previsto en el artículo 152 del TRLCSP, antes transcrito, concediendo plazo de 10 días hábiles a las empresas, entre ellas, a la recurrente para que justificasen por escrito los términos de su oferta así como la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

En lo que aquí interesa, la Mesa de Contratación procedió al estudio de la justificación enviada por la actora y al análisis del informe de la valoración de las bajas remitido por la Dirección General de la Mujer (Unidad Promotora del contrato) y en él se hace constar, respecto de dicha oferta que *" para hallar el cómputo total de los gastos de personal en los conceptos de "coordinación" y "apoyo técnico" la empresa ha multiplicado el coste mensual de las nóminas del coordinador/a y técnicos/as por cinco meses y medio. De conformidad con los Pliegos de Prescripciones Técnicas, el plazo para la ejecución del contrato empezará a contar desde el día 1 de junio de 2013 o desde el día siguiente a la firma del contrato en caso de ser posterior, hasta el 15 de diciembre de 2013. Este plazo comprende 6 meses y medio de ejecución y sin menoscabo que la fecha real de inicio del contrato sea posterior, los cálculos económicos se debería haber desglosado por ese periodo, ajustándose de este modo al plazo establecido en los pliegos. Por todo lo anterior, consideramos que la empresa no justifica adecuadamente la valoración de su oferta"*.

Como consecuencia de lo expuesto se dicta la Orden nº 1053/2013, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se adjudica el contrato y se excluye la oferta del recurrente con base a que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados con informe técnico desfavorable

Como ya hemos dicho anteriormente, no existe duda alguna de que la oferta de la recurrente era temeraria o desproporcionada por ser inferior en más de 25 unidades porcentuales al precio de adjudicación.

Dicho lo anterior, sostiene la actora respecto a la justificación de la oferta, que, dado que era imposible que el contrato se iniciase el 1 de junio de 2013, como consecuencia de la existencia de errores en el pliego de condiciones que obligó a ampliar el plazo de presentación de proposiciones para licitar, ajustó los gastos de personal a las fechas reales.

Dicha alegación no puede prosperar por los motivos que expone la Administración y que esta Sala comparte en su integridad.

El apartado 14 de PCAP dispone respecto del plazo de ejecución que *" el contrato se ejecutará desde el día 1 de junio de 2013 o desde el día siguiente a la fecha de su formalización hasta el 15 de diciembre de 2013. Si por cualquier circunstancia la duración del contrato no llegara a iniciarse el día 1 de junio de 2013, en la Orden de adjudicación del contrato se establecerá la fecha de inicio, sin que ello suponga disminución del precio de adjudicación"*.

Por tanto, conforme al PCAP, que es la ley del contrato y que vincula por igual a la Administración convocante como a los que toman parte del procedimiento de licitación, el plazo de ejecución es de seis meses y medio y ese debe ser el factor multiplicador de los distintos importes y ello con independencia de la fecha real de inicio del contrato. En ningún momento el órgano de contratación ha modificado dicho plazo de ejecución, no correspondiendo a los licitadores entender que por demora en la tramitación del procedimiento de licitación, el plazo a considerar es otro distinto al fijado en el PCAP. Por tanto, el importe que se obtendría si multiplicásemos los gastos de personal previstos por la empresa por el plazo de ejecución establecido en el pliego (seis meses y medio), en lugar del plazo efectuado por la actora (cinco meses y medio) es notorio que arrojaría una cantidad superior a la de su oferta, por lo que, tal y como sostiene la Administración, la empresa no ha justificado adecuadamente su oferta al existir un cálculo erróneo.

A la vista de lo expuesto procede desestimar el recurso confirmando la resolución impugnada.

SEXTO.- Procede imponer las costas de este recurso a la parte recurrente al haber sido desestimadas todas sus pretensiones, conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la LJCA; si bien, como permite el apartado tercero del citado artículo se limita su cuantía a la cantidad de 1000 euros.



Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando la causa de inadmisión alegada, debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Dinamia S. Coop. Mad., confirmando las resoluciones impugnadas por ser conformes a derecho; con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente en los términos fijados en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, hallándose celebrado audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ