



Recursos nº 604/2014

Resolución nº 646/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 12 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. E. G. H., en representación de ANDALUCÍA DIGITAL MULTIMEDIA, S.A. (en adelante ADM, o la recurrente), contra la adjudicación por la Corporación RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. (en lo sucesivo, RTVE o el órgano de contratación), del lote 7 del contrato de servicios de *“Subtitulado para personas con discapacidad auditiva (programas grabados y programas en directo)”* (expediente 2014/10015), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. RTVE convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE los días 5 y 7 de marzo de 2014, respectivamente, licitación para contratar, por procedimiento abierto, los servicios de televisión de subtitulado para personas con discapacidad auditiva. El valor estimado del contrato se cifra en 1.220.660 € para los ocho lotes en que se divide. El presupuesto de licitación (sin IVA) del lote 7 - correspondiente a programas en directo- es de 525.000 €. A este lote, presentaron oferta tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. La Corporación RTVE, como sociedad mercantil, forma parte del sector público y, aunque no tiene la consideración de



Administración Pública, es un poder adjudicador, según el artículo 3.3, b) del mismo texto legal. El contrato se clasifica e la categoría 26 del anexo II del TRLCSP.

Tercero. Los pliegos establecen que la adjudicación se hará en favor de la mejor propuesta económica (100 puntos). La cláusula 10ª del Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Servicios (PCG), se refiere al procedimiento de adjudicación, en los términos siguientes:

“10ª ADJUDICACIÓN

La CORPORACIÓN RTVE dividirá el procedimiento de licitación en dos fases:

- *En la primera se procederá a seleccionar a aquellas empresas que, de acuerdo con los criterios de valoración que figuran en el Pliego, obtengan una puntuación igual o superior al 80 % en la oferta económica.*
- *En la segunda fase, las empresas seleccionadas podrán mejorar su oferta económica, adjudicándose el contrato, al licitador que mejor puntuación económica acumule. Para la presentación de ofertas en la segunda fase, a los oferentes afectados se les precisará la fecha y el tramo horario en el que deberán presentar, si lo desean, sus proposiciones de mejora económica. El medio utilizado de comunicación será el correo electrónico (segundaronda@rtve.es) y la subasta se desarrollará conforme al protocolo accesible en la siguiente dirección (www.rtve.es/programas/licitaciones). Una vez finalizado el plazo, la apertura de las proposiciones se realizará ante Notario, quien levantará la oportuna acta.”*

Cuarto. El 24 de marzo, en sesión pública, se procedió a la apertura de las ofertas económicas iniciales. La presentada por ADM (420.000 €), era la más baja de las tres presentadas en el lote 7; la propuesta primera de MIRA LO QUE TE DIGO, S.L. (en adelante MQD o la adjudicataria) tenía un importe de 483.000 €; la oferta del tercer licitador fue de 504.000 €. A todos ellos, de acuerdo con lo previsto en el PCG, se les invitó a que mejoraran su oferta económica.

Por acta notarial de 28 de mayo de 2014 se da fe de las ofertas económicas recibidas en segunda ronda en el referido expediente de contratación. La recurrente presentó una oferta



para el lote 7 de 414.960 € (supone una baja del 21% sobre el presupuesto de licitación), mientras que la oferta de MQD fue de 336.000 € (baja del 36%); el tercer licitador mantuvo su oferta inicial.

En la reunión del Comité de compras de 18 de junio, se aprobó la propuesta de adjudicación del lote 7 en favor de MQD. El acuerdo de adjudicación, conforme a la propuesta del Comité de compras, se notificó a la recurrente el 8 de julio de 2014.

Quinto. El 25 de julio se presentó en el registro de este Tribunal Administrativo, escrito de ADM, previamente anunciado a RTVE, de interposición de recurso especial en materia de contratación contra el indicado acuerdo de adjudicación. Considera que la oferta de la adjudicataria está incurso en presunción de temeridad porque supone una baja superior a 25 unidades porcentuales y su valor es *“notoriamente anormal”*, de acuerdo con el informe pericial que acompaña al recurso y que cifra en 365.193 € el coste mínimo del servicio. Entiende que la adjudicación se ha realizado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para salvaguardar el interés público ante la presentación de una oferta desproporcionada y solicita que se anule el acto de adjudicación del lote 7 y, *“sin más trámite, se dicte otro por el que se adjudique a la entidad mercantil Andalucía Digital Multimedia, S.A., en virtud de haber quedado segunda en la correspondiente valoración”*. Manifiesta también que el precio ofertado por MQD supone una *“flagrante violación de la legislación sobre competencia”*, por cuanto es inferior al coste de producción y está encaminado a eliminar a un competidor. Por último, considera que se han vulnerado los principios de publicidad y transparencia dado que *“para la segunda fase, momento crucial de la licitación, las empresas seleccionadas no fueron invitadas a las aperturas de las proposiciones de mejoras enviadas por correo electrónico”*.

Sexto. El expediente administrativo, junto a informe del órgano de contratación, se recibió en el Tribunal el 31 de julio. En cuanto a la presunción de baja anormal de la adjudicataria, resalta el informe que tal posibilidad no estaba prevista en los pliegos. Respecto a la apertura de ofertas en segunda ronda, se ha ajustado estrictamente a lo dispuesto en los pliegos, que no fueron impugnados en su momento.



Séptimo. El 6 de agosto, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los otros dos licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho MQD (MIRA LO QUE TE DIGO), que considera también que en el pliego de condiciones no se fijan parámetros que determinen cuándo un precio es anormal o desproporcionado; de haberlo hecho, en todo caso, *“a lo único que podría haber dado lugar es a un trámite de audiencia para dar las oportunas explicaciones, sin que en ningún caso determinase la exclusión automática de la propuesta”*. Respecto al informe pericial de parte adjuntado al recurso, manifiesta que difícilmente pueden aplicarse sus cálculos a la entidad MQD ya que desconoce su plantilla, sus costes salariales, y los medios económicos y técnicos de que dispone. Manifiesta que MQD tiene la consideración de Centro Especial de Empleo y su único socio es una asociación sin ánimo de lucro y detalla los ingresos y gastos estimados para el servicio de subtítulo en directo (lote nº 7), además de su previsión de conseguir ingresos añadidos. Da cuenta de su experiencia en este tipo de servicios y sus compromisos técnicos y sociales.

Octavo. El 18 de agosto de 2014 el Tribunal acordó levantar la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación en la licitación de un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, pero de valor estimado superior a 207.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de dicha norma.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a esa competencia, respecto a la pretensión de la recurrente de que se estime que debe ser la adjudicataria. Como hemos señalado en múltiples resoluciones (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el*



proceso de contratación,... so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical". Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación cuya adjudicación impugna.

Tercero. Bajo la rúbrica de "Adjudicación de otros contratos del sector público", los artículos 189 a 191 del TRLCSP contienen las normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública, como es el caso de RTVE.

El artículo 190 relativo a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada establece explícitamente que: *"No serán de aplicación las normas establecidas..., en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas"*.

El artículo 191, respecto a los contratos no sujetos a regulación armonizada, como es el caso, establece que *"serán de aplicación las siguientes disposiciones:*

a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

b) Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa... "

Ni las instrucciones de contratación de RTVE (*Norma sobre contratación de la Corporación RTVE sujeta al TRLCSP*, de 20 de febrero de 2013), ni el PCG hacen referencia a los criterios o parámetros para apreciar que una oferta esté incurso en presunción de



temeridad. Por tanto, al no haber referencia directa en las instrucciones ni en el PCG, no es de aplicación directa lo dispuesto en el artículo 152.1 del TRLCSP y en el 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que se refiere a los *“Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas”*.

Por tanto, la oferta de MQD, aunque supere los umbrales para apreciar la posible desproporción establecidos en el citado artículo del RGLCAP, no tiene porqué considerarse, en principio, como desproporcionada o temeraria puesto que ni en las instrucciones de contratación ni en el PCG se ha previsto tal posibilidad.

Cuarto. En todo caso, aunque se hubiera apreciado el carácter presuntamente desproporcionado de la oferta, la consecuencia no habría sido su exclusión, sino el requerimiento al licitador para que la justificara, de acuerdo con el procedimiento establecido en el apartado 3 del citado artículo 152 del TRLCSP:

“3. 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,...”.

Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que: *“El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes”*. La decisión sobre la aceptación o no de *“la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante”*.



Aunque a MQD no se le requirió justificación, en las alegaciones presentadas contra el recurso resalta las condiciones excepcionalmente favorables que le permiten formular su oferta económica, algunas de las cuales se han reseñado en el antecedente séptimo: su calificación como Centro Especial de Empleo, experiencia, ingresos añadidos, etc.

Como hemos señalado reiteradamente en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, *“El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”*.

En este caso, aunque la desproporción sea alta (la oferta de MQD es un 21% más baja que la de la recurrente) y no esté incurso en presunción de temeridad por no haber sido contemplada tal circunstancia, las justificaciones y los argumentos aducidos en sus alegaciones por MQD hacen referencia a las *condiciones excepcionalmente favorables* que justifican su oferta.

El informe pericial que acompaña la recurrente, no puede ser tomado en consideración puesto que, como aduce la adjudicataria *“difícilmente podrán aplicarse sus cálculos a la entidad MQD S.L. ya que desconoce cuál es su plantilla de personal, sus concretos costes salariales, y los medios económicos y técnicos de los que se dispone”*. De hecho, el informe pericial estima los costes salariales directos en más de 297.000 €, mientras que MQD los ha valorado en 228.225,6 €.

A la vista de todas estas manifestaciones el Tribunal entiende que, aunque no se haya declarado como desproporcionada la oferta de MQD, ni, por consiguiente, se haya seguido el procedimiento establecido para verificar su viabilidad, debe desestimarse el recurso interpuesto en cuanto a su pretensión de que se declare que la oferta de MQD no puede



ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Quinto. Ni en la cuantía ni en el proceso de formulación de la oferta de MQD, se aprecia elemento relevante alguno que permita considerarla como “abusiva y desleal” o atentatoria al principio de salvaguarda de la libre competencia que debe orientar la contratación pública. Por lo demás, las consideraciones sobre “violación de la legislación sobre competencia desleal” corresponden a normas y procedimientos distintos de los que ordenan la contratación y, de apreciarse las mismas, deben serlo por órganos distintos a este Tribunal.

Sexto. En cuanto a las alegaciones relativas a la apertura de ofertas en segunda ronda, el procedimiento seguido se ha ajustado estrictamente a lo dispuesto en las instrucciones de contratación y en la cláusula 10ª del PCG, transcrita en el antecedente tercero. Los pliegos no fueron impugnados en su momento y, en cualquier caso, la tramitación se ha hecho con las garantías suficientes para respetar los principios de publicidad y transparencia.

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. E. G. H., en representación de ANDALUCÍA DIGITAL MULTIMEDIA, S.A., contra la adjudicación por la Corporación RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., del lote 7 del contrato de servicios de “*Subtitulado para personas con discapacidad auditiva (programas grabados y programas en directo)*”.

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.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.